



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Något om tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringskyddsavtal

*- Ett svenskt perspektiv på EU-domstolens avgörande
C-284/16 Achmea*

Tobias Andersson

Juridiska institutionen

Examensarbete 30 hp

Juristprogrammet vårterminen 2019

Handledare: Andreas Moberg

Examinator: Gregor Noll

Sammanfattning

Tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringsskyddsavtal möjliggör för individer och företag från en stat att inleda skiljeförfaranden mot en annan stat inför en oberoende skiljenämnd i händelse av att den andra staten vidtagit åtgärder som strider mot investeringsskyddsavtalen. Förekomsten av sådana tvistlösningsklausuler har länge kritiserats, särskilt då dessa ansetts strida mot principen om unionsrättens autonomi. I målet C-284/16 *Achmea* kom EU-domstolen till slutsatsen att tvistlösningsklausulen i investeringsskyddsavtalet mellan Nederländerna och Slovakien är oförenlig med art. 267 & 344 FEUF. Frågan uppstår därför vilken betydelsen *Achmea* har för tvistlösningsklausuler i EU-interna bilaterala investeringsskyddsavtal samt art. 26 ECT, mot bakgrund av en idé om rättslig koherens.

Uppsatsen undersöker först tvistlösningsklausulerna från ett unionsrättsligt perspektiv, där *Achmea* analyseras och dess konsekvenser undersöks. Här ingår en närmare analys och kritik av EU-domstolens resonemang i *Achmea*-avgörandet. Uppsatsen finner i den delen att samtliga tvistlösningsklausuler i bilaterala investeringsskyddsavtal samt art. 26 ECT är oförenliga med principen om den unionsrättsliga autonomi, främst manifesterad i art. 267 & 344 FEUF, och att unionsrätten därför skall ges företräde framför investeringsskyddsavtalen från ett unionsrättsligt perspektiv.

I den andra delen undersöker uppsatsen tvistlösningsklausulerna från ett folkrättsligt perspektiv, där tidigare skiljeförfarandep Praxis avseende frågor kopplade till skiljenämndernas behörighet, baserat på tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringsskyddsavtal, redogörs för. Uppsatsen visar där att ingen skiljenämnd som bedömt frågan har funnit en konflikt mellan unionsrätten och tvistlösningsklausulerna i investeringsskyddsavtalen, och därmed bedömt sig ha behörighet att avgöra tvister baserade på tvistlösningsklausulerna. Uppsatsen menar därefter att denna slutsats är felaktig och att en oförenlighet och konflikt mellan tvistlösningsklausulerna och unionsrätten föreligger. Därefter diskuteras potentiella systemimmanenta lösningar på denna normkonflikt.

Slutligen undersöker uppsatsen frågan från i en svensk kontext, där tvistlösningsklausulernas EU-interna element diskuteras i samband med frågor om ogiltighet, klandertalan och verkställighet av skiljedomar vid en svensk domstol. Uppsatsen kommer här till slutsatsen att det finns ett visst, om än begränsat, utrymme att anse skiljedomar, tillkomna på basis av EU-interna investeringsskyddsavtal, strida mot en unionsrättslig *ordre public* och att sådana skiljedomar annars kan klandras på grund av skiljeavtalets ogiltighet. I fråga om verkställighet menar uppsatsen att skiljedomarnas EU-interna element inte nödvändigtvis får någon större betydelse, såtillvida dessa inte anses strida mot en unionsrättslig *ordre public*.

Förkortningar

Art.	Artikel
ECT	Energistadgefördraget, Energy Charter Treaty
EU	Europeiska Unionen
f.	Följande sidor
FEU	Fördraget om Europeiska Unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt
FN	Förenta Nationerna
Ibid.	På samma ställe, Ibidem
ICJ	Internationella Domstolen, International Court of Justice
ICSID	Konvention om biläggande av investeringstvister mellan stat och medborgare i annan stat, Convention on the Settlement of Investment Disputes between states and nationals of other states
ILC	Förenta Nationernas folkrättskommission, International Law Commission
Jfr	Jämför
LSF	Lag (1999:116) om skiljeförfarande
Prop.	Proposition
p.	Punkt eller stycke
s.	Sida
SOU	Statens Offentliga Utredningar
UNCITRAL	Förenta Nationernas kommission för internationell handelsrätt, United Nations Commission on International Trade Law
UNCLOS	Förenta Nationernas havsrättskonvention, United Nations Convention on the Law of the Sea.
WTO	Världshandelsorganisationen, World Trade Organization

Innehållsförteckning

1	Introduktion	1
1.1	Inledning	1
1.2	Syfte och frågeställningar	1
1.3	Metod och material	2
1.4	Teoretiska utgångspunkter	5
1.5	Kort om investeringsskyddsavtal - vad de reglerar och hur de reglerar	9
2	Ett unionsrättsligt perspektiv på EU-interna investeringsskyddsavtal	15
2.1	Bilaterala investeringsskyddsavtal mellan EU-medlemsstater - <i>Achmea</i>	15
2.1.1	Något kort om unionsrättens företräde och autonomi	19
2.1.2	Något om tillämpningen av art. 344 FEUF	21
2.1.3	Tolkning och tillämpning av unionsrätten i skiljeförfaranden baserade på EU-interna investeringsskyddsavtal	22
2.1.4	Något om domstolsbegreppet i art. 267 FEUF	26
2.1.5	Något om <i>Achmea</i> och skiljeförfaranden baserade på kommersiella avtal	27
2.2	Något mer om ett unionsrättsligt perspektiv på ICSID i ljuset av <i>Achmea</i>	29
2.3	Ett unionsrättsligt perspektiv på art. 26 ECT i en EU-intern kontext	32
2.4	Avslutande unionsrättsliga kommentarer	36
3	Ett folkrättsligt perspektiv på EU-interna investeringsskyddsavtal	37
3.1	Skiljenämndspraxis avseende EU-interna investeringsskyddsavtal	37
3.1.1	Skiljeförfaranden baserade på bilaterala investeringsskyddsavtal före <i>Achmea</i>	37
3.1.2	Skiljeförfaranden baserade på ECT före <i>Achmea</i>	43
3.1.3	Skiljeförfaranden baserade på bilaterala investeringsskyddsavtal efter <i>Achmea</i>	47
3.1.4	Skiljeförfaranden baserade på ECT efter <i>Achmea</i>	49
3.2	Något om tillämpningen av art. 30(3) & 59 Wienkonventionen	51
3.3	Något mer om skiljeförfaranden under ICSID	56
3.4	Något mer om ett traktaträttsligt perspektiv på art. 26 ECT	58
3.4.1	Något om en potentiell <i>disconnection clause</i> i ECT och ECT:s eventuella rumsliga begränsning	62
3.5	Avslutande kommentarer	63
4	Skiljedomar baserade på EU-interna investeringsskyddsavtal i en svensk kontext	63
4.1	Ogiltighet och klander av skiljedomar baserade på EU-interna skiljeförfaranden med säte i Sverige	64
4.1.1	Ogiltighet på grund av <i>ordre public</i>	64
4.1.2	Klander av skiljedom på grund av skiljeavtals ogiltighet	67
4.2	Verkställighet av utländska skiljedomar baserade på tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringsskyddsavtal	69
4.2.1	Verkställighet av skiljedomar som tillkommit under ICSID	70
4.3	Avslutande kommentarer avseende skiljedomar i en svensk kontext	72
5	Avslutande diskussion	73
6	Referenser	76

1 Introduktion

1.1 Inledning

Twistlösningsklausuler i EU-interna investeringsskyddsavtal möjliggör för individer och företag från en stat att inleda skiljeförfaranden mot en annan stat inför en oberoende skiljenämnd i händelse av att den andra staten vidtagit åtgärder som strider mot investeringsskyddsavtalen. Ett sådant skiljeförfarande kan potentiellt leda till att den staten förpliktas att utbetala stora belopp till individer och företag. Förekomsten av en möjlighet för individer och företag att inleda skiljeförfaranden gentemot stater har debatterats och diskuterats länge, inte minst i den juridiska doktrinen, där frågan om twistlösningsklausulernas förenlighet med EU-fördragen har givits mycket uppmärksamhet. Som ett svar på denna diskussion kom EU-domstolen i mars 2018 med ett avgörande i *Achmea*-målet, där domstolen avgjorde att twistlösningsklausulen i investeringsskyddsavtalet mellan Nederländerna och Slovakien var oförenlig med art. 267 & 344, Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt, FEUF.¹ Konsekvenserna av *Achmea* har fortsatt diskuterats och kan knappast anses vara klarlagda. Denna uppsats kan därför ses som ett bidrag till den diskussionen.

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsen syftar till att undersöka huruvida twistlösningsklausuler i bilaterala investeringsskyddsavtal mellan EU-medlemsländer, samt i energistadgefördraget, ECT, är förenliga med EU:s primärrätt och vad en eventuell oförenlighet får för juridiska konsekvenser.² Dessa juridiska konsekvenser skall framförallt undersökas från ett investeringsskyddsrettsligt perspektiv, där fokus kommer vara på skiljenämnders behörighet att avgöra EU-interna investeringsskyddstvister. En sådan undersökning behöver primärt undersöka två saker. För det första måste undersökas vilken status EU:s primärrätt har i en skiljenämnds tillämpning av ett investeringsskyddsavtal som har sin grund i ett bilateralt investeringsskyddsavtal eller i ECT, en bedömning som aktualiseras när en skiljenämnd ska fastställa sin behörighet att avgöra en tvist. För det andra måste undersökas vilken status investeringsskyddsavtalen ska ha i en bedömning av kompatibiliteten med EU:s primärrätt, vid en prövning av antingen ett undanröjande av skiljedom i en medlemsstat, eller vid en prövning av verkställigheten av en meddelad skiljedom.

Dessa två bedömningar kan leda till olika slutsatser eftersom en skiljenämnd inte nödvändigtvis kommer till samma slutsats som EU-domstolen, då dessa bedömer frågan från olika perspektiv, grundade på olika rättskällehierarkier. På grund av den avgörande betydelsen av EU-domstolens dom i *Achmea*, syftar uppsatsen även till att

¹ C-284/16 *Achmea* (EU:C:2018:158).

² Uppsatsen kommer inte i sig behandla EU-externa element av ECT, snarare är ECT i en EU-intern kontext av intresse för uppsatsens syfte.

närmare analysera, förklara och diskutera domen. Uppsatsen kommer också att undersöka dels vilka konsekvenser den ovan beskrivna potentiella bedömningsdiskrepansen kan få, dels om dessa konsekvenser är problematiska och i så fall hur denna problematik bör hanteras utifrån en rättsteoretisk utgångspunkt i en teori om systemkoherens som utvecklas nedan. Uppsatsen syftar därmed till att analysera reglernas inbördes koherens liksom deras koherens med det system i vilket de ingår, samt koherens mellan de system som kan tänkas samverka.³

För att uppnå uppsatsens syfte skall primärt tre relativt breda frågeställningar besvaras:

1. Hur bör förenligheten mellan tvistlösningsklausuler i EU-interna bilaterala investeringsskyddsavtal samt art. 26 ECT och unionsrätten bedömas i ljuset av *Achmea*?
2. Hur bedömer skiljenämnder sin behörighet att avgöra tvister baserade på tvistlösningsklausuler i EU-interna bilaterala investeringsskyddsavtal samt art. 26 ECT och hur bör denna behörighet bedömas?
3. Hur påverkas en skiljedom som grundar sig på en tvistlösningsklausul i ett EU-internt investeringsskyddsavtal eller art. 26 ECT avseende dess verkställighet, ogiltighet alternativt upphävande i svensk rätt?

1.3 Metod och material

För att uppnå syftet skall uppsatsen inte huvudsakligen söka fastställa någon form av gällande rätt i meningen av att prognosticera hur ett rättstillämpande organ i en given situation skulle tillämpa rätten,⁴ utan snarare söka fastställa normers giltighet, tillämplighet och relation. Därefter skall uppsatsen försöka problematisera dessa resultat utifrån ett koherensperspektiv. Uppsatsen skall således genomföra en systemimmanent undersökning.⁵ För att komma fram till resultaten använder sig uppsatsen av såväl rena rättskällor som andra auktoritativa källor, vilka tolkas för att sedan utmynna i sakpåståenden om rättens beskaffenhet. Därmed använder sig uppsatsen av den vetenskapliga metod som är speciell för den rättsvetenskap uppsatsen här ägnar sig åt,⁶ då objektet för den rättsvetenskapliga undersökningen samtidigt konstrueras genom själva undersökningen. Uppsatsen undersöker således inte verkligheten direkt, snarare undersöker den rättskällor och försöker därur beskriva rätten på ett sammanhängande, systematiskt och koherent sätt.⁷

³ Jfr Sandgren, 2004/2005, s. 324.

⁴ Alltså något som kan sägas likna Ross prognosteori, jfr Ross, 1966, s. 51f., särskilt 54-57. För kritik, vilken denna uppsats delar, av prognosteorin, se exempelvis Kelsen, 1960, s. 243f. not 121.

⁵ Jfr Sandgren, 2005, s. 689.

⁶ Uppsatsförfattaren är medveten om att denna typ av rättsvetenskap och rättsvetenskaplig metod inte är den enda typen av rättsvetenskaplig metod. Likväl är det i min mening den typ av rättsvetenskaplig metod som jag anser vara bäst lämpad för att uppnå syftet för uppsatsen.

⁷ Jfr Sandgren, 2004/2005, s. 310-312.

Strävan efter koherens och systematisering blir därmed en inneboende komponent i den rättsvetenskapliga undersökningen och en normativ utgångspunkt för uppsatsen.⁸ Koherensen och systematiseringen är det normativa värde som ligger i fastställandet av rätten, i meningen av normers giltighet, tillämplighet och relation. Koherenssträvandet innebär alltså en normativ agenda, då denna typ av uppsats inte nödvändigtvis strävar efter att beskriva rättssystemet så som det faktiskt fungerar, utan snarare så som det borde fungera om det skulle vara fullt koherent.⁹ Att detta normativa koherensvärde likväl inte är godtyckligt valt, utan snarare är en nödvändig betingelse för rättssystemet, skall närmare diskuteras i avsnittet om uppsatsens teoretiska utgångspunkter.

Uppsatsen behandlar i grunden tre rättsordningar, med i sig olika rättskällor, rättskällehierarkier och tolkningsmetoder, varför uppsatsen har använt sig av i grunden tre olika tolkningsmetoder, vilka är varianter på den ovan beskrivna metoden, för att uppnå syftet.

Unionsrätten kan grovt uppdelas i tre rättskällehierarkiska nivåer, där fördragen och allmänna principer återfinns högst upp, följt av sekundärrättsliga akter, exempelvis direktiv och förordningar, och slutligen av akter med icke-bindande karaktär, exempelvis kommunikationer från EU-kommissionen.¹⁰ I det unionsrättsliga avsnittet kommer uppsatsen främst hantera det primärrättsliga planet, även om uppsatsen någonstans hänvisar till kommunikationer från medlemsstaterna och kommissionen, vilka i dessa fall inte tillskrivs något eget rättskällevärde, utan snarare fungerar om belysande exempel på resonemang och perspektiv.¹¹

Vad gäller tolkningen av de grundläggande rättskällorna har avgöranden från EU-domstolen stor betydelse, även om ingen formell prejudikatbundenhet föreligger. Betydelsen ligger särskilt i att EU-domstolen ofta hänvisar till tidigare prejudikat och genom dessa skapar allmänna principer som befinner sig på nära nog samma hierarkiska nivå som fördragen.¹² Följaktligen använder sig uppsatsen i stor utsträckning av prejudikat från EU-domstolen för att fastställa unionsrätt. Vidare präglas unionsrätten av primärt fyra centrala tolkningsprinciper: språklig tolkning, systematisk tolkning, syftestolkning och funktionell tolkning, varför även uppsatsen använder sig av dessa tolkningsmetoder.¹³

⁸ Detta blir kanske som tydligast i avsnittet om ett folkrättsligt perspektiv på tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringsskyddsavtal, där den tolkning av art. 30(3) Wienkonventionen jag anser borde tillämpas grundar sig i koherensöverväganden, vilket skiljer sig från den tolkning av art. 30(3) Wienkonventionen skiljenämnderna faktiskt använder sig av.

⁹ Jfr Sandgren, 2004/2005, s. 323-324.

¹⁰ Se exempelvis Bernitz & Kjellgren, 2018, s. 185.

¹¹ Jfr Bernitz & Kjellgren, 2018, s. 201-202.

¹² Bernitz & Kjellgren, 2018, s. 185 och 194 samt Lenaerts & Gutiérrez-Fons, 2010, s. 1629-1630.

¹³ Bernitz & Kjellgren, 2018, s. 196 och exempelvis C-621/18 *Wightman* (EU:C:2018:999), p. 47.

Vad gäller det folkrättsliga avsnittet är Wienkonventionen om traktaträtten utgångspunkten för tolkningen och tillämpningen av traktat, vilket de konventioner, fördrag och investeringskyddsavtal uppsatsen undersöker är.¹⁴ Wienkonventionen anses vidare spegla internationell sedvanerätt, varför den torde vara allmänt bindande.¹⁵ Folkrätten saknar, om art. 103 i FN-stadgan bortses från,¹⁶ en egentlig normhierarki, då olika traktat har samma normhierarkiska status och befinner sig i en horisontell relation med varandra.¹⁷ Även om en *lex superior derogat legi inferiori*-princip således inte kan tillämpas för att ge olika folkrättsliga normer prioritet,¹⁸ kan likväl andra principer tillämpas för att ge normer prioritet, vilket uppsatsen visar i själva framställningen. Vidare anses art. 38 i Internationella domstolens stadga identifiera de formellt erkända rättskällorna.¹⁹ Visserligen ingår inte tidigare skiljenämndsavgöranden bland dessa formellt erkända rättskällor och dessa saknar följaktligen bindande prejudikatverkan för senare skiljeförfaranden. Likväl använder sig uppsatsen i hög grad av tidigare skiljenämndsavgöranden som en rättskälla, inte minst därför att skiljenämnder i hög grad förlitar sig på tidigare avgöranden när dessa ställs inför liknande situationer.²⁰ Som exempel på detta kan ett citat från målet *Saipem SpA v The People's Republic of Bangladesh* användas, där en välmeriterad skiljenämnd uttalade:

”The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law”.²¹

Det är således vanligt förekommande att skiljenämnder resonerar på samma sätt som tidigare skiljenämnder och, i vart fall informellt, försöker åstadkomma en sammanhängande praxis. Likväl finns det ingenting som hindrar en skiljenämnd att inte följa tidigare skiljenämnders resonemang och överväganden, varför tidigare skiljenämndspraxis snarare kan säga något om hur en framtida skiljenämnd kommer

¹⁴ SÖ 1975:1, Wienkonventionen om traktaträtten.

¹⁵ Se exempelvis Weeramantry, 2012, s. 6-8.

¹⁶ United Nations, Charter of the United Nations, 24 oktober 1945, 1 UNTS XVI.

¹⁷ Se exempelvis Koskenniemi, 2006, p. 324.

¹⁸ Återigen under förutsättning att förpliktelser hänförliga till FN-stadgan inte är inblandade.

¹⁹ Se exempelvis Thirlway, 2014, s. 92-93. Rättskällorna utgörs enligt art. 38 i stadgan av: ”a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;

b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law;

c) the general principles of law recognized by civilized nations;

d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law”.

²⁰ Norton, 2018, s. 300-301, Dolzer & Schreuer, 2012, s. 90 och Weeramantry, 2012, s. 116-127.

²¹ Saipem v Bangladesh, p. 67. För liknande resonemang i en EU-intern kontext, se exempelvis Oostergetel v Slovakien, p. 62.

avgöra ett mål, än hur en framtida skiljenämnd borde avgöra ett mål. Slutligen skall det poängteras att inte alla skiljedomar är offentligt tillgängliga eller tillgängliga på ett språk uppsatsförfattaren behärskar, en problematik uppsatsen behandlar i den materiella framställningen.

Vad gäller svensk rätt använder sig uppsatsen av de sedvanliga rättskällorna, såsom lagtext, rättspraxis, förarbetsuttalanden, och uttalanden i doktrin, varefter dessa tolkas och tillämpas.²² Uppsatsen hänvisar i hög grad till hovrättsavgöranden, som i sig inte nödvändigtvis har särskilt stark prejudikatverkan.²³ Vad gäller området för skiljeförfaranden är det dock inte ovanligt att hovrättsavgöranden inte kan överklagas, varför de här torde få starkare prejudikatvärde än i andra fall.²⁴ Likväl används dessa avgöranden främst som belysning och exemplifierande av resonemang än som rent självständiga rättskällor. Någon tingsrättsdom diskuteras också kortfattat, men då främst som exempel på en företeelse, utan att tillskrivas någon som helst prejudicerande verkan.

Slutligen skall det kort anmärkas att rättsläget i min mening klarnat och förändrats efter *Achmea*, varför stora delar av tidigare doktrin på området blivit mindre relevanta. Samtidigt har det nyligen tillkommit en mängd doktrin i vitt skilda internationella och nationella tidskrifter, särskilt under uppsatsskrivandets gång, varför det är möjligt att vissa författares bidrag missats av den anledning att en närmast oöverblickbar flora av tidskrifter angränsar till intresset för denna uppsats.

1.4 Teoretiska utgångspunkter

Som tidigare nämnts är uppsatsens teoretiska utgångspunkt en normativ idé om koherens som eftersträvansvärt värde. Denna idé bygger på en syn på rätten som ett sammanhängande system, vilken, med Kelsens ord ”låter sig beskrivas med rättssatser som inte strider mot varandra”.²⁵ För att en sådan koherens skall vara meningsfull krävs det att rätten faktiskt är ett sammanhängande system, vars normer hämtar sin giltighet från andra normer med högre rättskällehierarkisk status, likt rättssystemet fungerar enligt Kelsens rena rättslära, vilken uppsatsens teoretiska ramverk är uppbyggt kring. Det kelsenianska systematiska perspektivet på rätten och rättsvetenskapen denna uppsats använder, förutsätter således ett axiomatiskt grundantagande, i form av något liknande Kelsens grundnormskonstruktion, varur resterande normer i en rättsordning finner sina giltighetsgrunder.²⁶ Det finns välutvecklad och god kritik mot detta axiomatiska antagande,²⁷ men då uppsatsen inte funnit en bättre utgångspunkt för något liknande en ren inomrättslig lära,

²² Jfr Sandgren, 2018, s. 45-46.

²³ Jfr exempelvis Prop. 2004/05:131 *En modernare rättegång - reformering av processen i allmän domstol*, s. 173.

²⁴ 43§ 2 st. Lag (1999:116) om skiljeförfarande, LSF.

²⁵ Kelsen, 1960, s. 236-237.

²⁶ Se Kelsen, 1960, s. 224f. Se också Peczenik, 2005, s. 260-261.

²⁷ Se exempelvis Ross, 1966, s. 84f., Paulson, 2013, s. 43f. Raz, 1974, s. 98f.

samtidigt som förutsättandet av grundnormen torde kunna vara en lika god utgångspunkt som något annat nödvändigt axiomatisk förutsättande av rättens systematik, nöjer uppsatsen sig med att konstatera att detta axiomatiska förutsättande av grundnormen antingen kan accepteras eller förkastas, men inte verifieras eller falsifieras,²⁸ då den är en rent transcendentallogisk betingelse för rättssystemets logiska sammanhållning.²⁹

Vissa författare har försökt hävda att grunden för de juridiska normernas giltighet går att finna i vissa verifierbara verkliga fakta, såsom det sätt som rättstillämparna avgör frågor,³⁰ eller i de normer som är skapade i enlighet med de normer domstolar och tjänstemän identifierar och accepterar som rättsligt bindande skapandenormer och vilka därmed blir effektivt gällande.³¹ En sådan grund för normerna är dock i min mening inte logiskt möjlig, då juridiska normer, vilket Kelsen visat, är böra-utsagor, vilka logiskt inte kan härledas från vara-utsagor.³² Således krävs det en form av transcendentallogisk härledningsgrund för att förklara de juridiska normernas giltighet, vilket grundnormsidén erbjuder.³³ Detta medför också att Kelsens rena rättslära inte kan ses som den enda möjliga rättsläran, utan snarare som en av många möjliga rättsläror, om än den rättslära denna uppsats funnit mest logiskt sammanhängande.³⁴ Det torde i detta sammanhang räcka att se grundnormen som en form av hypotetisk normativ utgångspunkt för uppsatsen, det vill säga att alla sakpåståenden om rättens beskaffenhet egentligen borde inledas med satsen ”om grundnormen existerar och är giltig, så [sakupåståendet]”.³⁵ Det ligger likväl i min mening bortom en uppsats av detta omfång att närmare diskutera denna fråga, varför uppsatsen här nöjer sig med att transparent redovisa dessa teoretiska utgångspunkter.³⁶

²⁸ Jfr Peczenik, 1995, s. 118.

²⁹ Jfr dock Kelsen själv, som menar att grundnormen inte endast är ett axiomatiskt förutsättande, utan också hänvisar till en faktisk ursprungskonstituerande handling, Kelsen, 1959, s. 219-220 och Kelsen, 1960, s. 229-231. Se dock samtidigt Kelsen, 1960, s. 232f.

³⁰ Se exempelvis Ross, 1966, s. 51f.

³¹ Alltså Harts *rule of recognition*, se Hart, 1961, s. 100f.

³² Jfr också Hume, 1739/1740, s. 302.

³³ Kelsen, 1960, s. 22f. För välgrundad kritik av grundnormens transcendentallogiska betydelse, se Bindreiter, 2000, s. 70f. och 305-307, som menar att grundnormen inte är en genuin transcendentallogisk skapelse då den inte utgör den enda förklaringen till ”that which is given, namely subjective acts of will”, s. 71. Således kan inte grundnormen enligt Bindreiter utgöra ett transcendentallogiskt argument, då en förutsättning för dess transcendentalitet är att ingen annan tolkningsmöjlighet av det givna faktumet är möjligt. Se även Paulson, 2000, s. 1792-1793 och Paulson, 1992, s. 324-332.

³⁴ Se Paulson, 1992, s. 332.

³⁵ Se Raz, 1981, s. 451-452. Se också Bindreiter, 2000, s. 127.

Kort kan här också hänvisas till Paulson som skriver: ”Specifically, the basic norm counts as a shorthand reference to the assumptions made by jurists in treating the law ‘as a valid system, as norm’, without thereby appealing to natural law or, in modern parlance, moral philosophy. The task is one of explication, not demonstration”. Paulson, 2013, s. 60. Se också Kelsen, 1960, s. 236 ”Läran om grundnormen är blott resultatet av en analys av det förfaringssätt som den positivistiska rättsvetenskapen sedan gammalt har använt sig av”.

³⁶ För en långt mer utförlig behandling av grundnormen, se exempelvis Bindreiter, 2000, s. 51-173.

Om grundnormen förutsätts och koherens förstås som att ”rättsordningen låter sig beskrivas med rättsatser som inte strider mot varandra” blir koherensens inneboende normativa värde uppenbart, då koherensen är en nödvändig immanent förutsättning för att rättsordningen skall vara just en rättsordning.³⁷ Helt enkelt kan det sägas att koherensen har en konstitutiv karaktär för rättsordningen, det är genom den koherenta och systematiska synen på rättsordningen som denna konstrueras som en meningsfull helhet.³⁸

Peczenik har, tillsammans med Alexy, utvecklat en egen koherensteori, vilken i grunden består av tre element: ”1) logisk motsägelsefrihet, (2) omfattande räckvidd och (3) stöd från andra komponenter i systemet”.³⁹ Peczeniks koherensteori grundar sig huvudsakligen på tre grunder, först att en given teori bildar ett slags ”nät av argumentativa cirklar”, där varje cirkel stärker det metaforiska nätets helhet, och därmed stärker teorins koherens.⁴⁰ Därefter på en form av temporal koherens, innebärandes att en given teori kan motiveras som koherent i ljuset av en legitim tradition, en form av kulturarvskoherens.⁴¹ Slutligen grundar sig Peczeniks koherensteori på en form av vitt reflektivt ekvilibrium innebärandes att fyra olika sorters hänsyn skall vägas samman med utgångspunkt i rättskällorna för att uppnå en rättfärdig rättstillämpning. Dessa fyra hänsynstaganden består av lagen och de etablerade rättskällorna, moraliska intuitioner i ett konkret fall, allmänna moralteorier och slutligen juridikens allmänna läror.⁴² Eftersom Peczeniks koherensteori följaktligen närmast grundar sig på i grunden empiriska och moralteoretiska överväganden, om än väl så raffinerade och välunderbyggda, erbjuder de likväl inte ett bättre alternativ till grundnormens transcendentallogiska egenskaper, varför Peczeniks koherensteori inte kan utgöra den direkta grunden för denna uppsats teoretiska utgångspunkter.⁴³ Detta särskilt som Peczeniks koherensteori har ett närmast normativt anslag, det vill säga att den försöker rättfärdiga och förklara varför

³⁷ Se bland annat Kelsen, 1960, s. 237 och 311, där Kelsen skriver: ”mellan en högre och en lägre norm i en rättsordning kan det inte finnas en konflikt som upphäver detta normsystems enhet genom att göra det omöjligt att beskriva detta system med rättsatser som inte strider mot varandra”. Se också Lenaerts & Gutiérrez-Fons, 2010, s. 1032, som i förhållande till unionsrätten skriver: ”the ECJ has consistently held that the Union is a distinct and autonomous legal order. Yet autonomy could hardly be attained in a legal system that is not self-sufficient and coherent”.

³⁸ Jfr Kelsen, 1960, s. 94-95 och Peczenik, 1995, s. 278-280. För en rättsdogmatisk kritik av koherensens normativa värde, se Raz, 1992, s. 273f. För kritik av Raz, se Alexy, 1998, s. 47.

³⁹ Peczenik, 2005, s. 261 och Alexy, 1998, s. 42.

⁴⁰ Peczenik, 1995, s. 576-603 och Peczenik, 2005, s. 262.

⁴¹ Peczenik, 1995, s. 603-609 och Peczenik, 2005, s. 265-267.

⁴² Peczenik, 2005, s. 267-269.

⁴³ Jfr också Peczenik, 1995, s. 544-545, där Peczenik presenterar en alternativ grundnormskonstruktion utan transcendentallogisk status, byggd på bland annat de fyra hänsynstagandena. Peczeniks grundnormskonstruktion svarar på frågan ”varför skall grundlagarna följas”, snarare än frågor om normers giltighet och inbördes relation, vilket denna uppsats intresserar sig för.

rättsordningen bör följas, snarare än att förklara själva rättsordningens uppbyggnad genom något motsvarande en systemimmanent ren rättslära.⁴⁴

Vidare måste en distinktion göras mellan vad som kan kallas vertikal koherens, det vill säga koherens mellan högre och lägre normer i en rättsordning, exempelvis grundlag och vanlig lag, och horisontell koherens, det vill säga koherens mellan normer på samma nivå, exempelvis mellan två lagar. Dessa konflikter går vanligtvis att lösa inom den givna rättsordningen, på grund av koherensens inneboende konstitutiva karaktär innehåller alla de rättsordningar som här undersökts regler och principer för att hantera normkonflikter, såväl vertikala som horisontella, vilket uppsatsen närmare undersöker i den materiella framställningen. Dessa regler och principer kan vidare förklara vissa normer ogiltiga eller icke-tillämpliga på en given situation. De normkonflikter som således existerar inom en given rättsordning ter sig förhållandevis oproblematiska i en tillämpningssituation, då det oftast torde existera etablerade regler för att hantera dem på ett systemimmanent sätt.

Här skall det även påpekas att uppsatsen, särskilt i det unionsrättsliga avsnittet, även problematiserar en annan typ av inkoherens, som närmast kan liknas vid en form av systemintern idékoherens, innebärandes att systemet som helhet bör präglas av motsägelsefrihet i en bredare mening än ren normkonfliktsfrihet. Denna koherensidéns värde är inte lika självklar, då den fortfarande innebär att systemet som helhet kan beskrivas med rättsatser som strider mot varandra, utan snarare innebär att systemet blir ett motsägelsefritt system, vilket jag likväl vill mena går att härleda ur idén om det sammanhängande och koherenta rättssystemet och fyller en viss normativ funktion för att uppnå uppsatsens syfte.⁴⁵ Koherensidén torde därmed kunna utvidgas till att inte enbart gälla rena normkonfliktsfrågor, även om dessa utgör den viktigaste koherensproblematiken och därmed den koherensproblematik uppsatsen huvudsakligen intresserar sig för.

Den potentiella inkoherens som framförallt kan vara problematisk från uppsatsens perspektiv är vidare en annan typ av inkoherens, vilken kan existera mellan olika rättsordningar som likväl samverkar inom ett system, exempelvis mellan folkrätten, unionsrätten och den svenska rätten.⁴⁶ Denna typ av inkoherens uppkommer när de olika rättsordningarna innehåller olika regler för att hantera normkonflikter som skall hanteras av olika rättstillämpare, samtidigt som samma subjekt, det vill säga

⁴⁴ Peczenik, 2005, s. 269.

⁴⁵ Denna typ av koherensidé passar närmast in i den av bland annat MacCormick beskrivna idén att koherens kan innebära att "the multitudinous rules of a developed legal system should "make sense" when taken together". MacCormick, 1978, s. 152f. Den torde även möjligtvis angränsa till de andra och tredje elementen i Peczeniks koherensteori, alltså kraven på omfattande räckvidd och stöd från andra komponenter i systemet. Peczenik definierar dessa element som "Kravet på räckvidd innebär att en koherent mängd av åsikter och preferenser ska omfatta så många och så varierande sådana som möjligt. Kravet på stöd innebär att det ska finnas så många positiva stödrelationer mellan element av systemet som möjligt". Se Peczenik, 2005, s. 161-162. Se också Peczenik, 1995, s. 574f och 603 samt Alexy, 1998, s. 42f.

⁴⁶ Se Kelsen, 1960, s. 354-380.

nationalstaterna, verkar inom de olika rättsordningarna samtidigt. Det finns då en risk att nationalstaterna är förpliktade att följa vissa folkrättsliga normer samtidigt som vissa motstridiga unionsrättsliga normer. En sådan inkohärens faller in under fenomenet fragmentisering av den internationella rätten, vilken skall diskuteras närmare nedan.⁴⁷

Fragmentiseringen av den internationella rätten kan som fenomen sägas ha uppkommit i takt med att olika rättsliga underregimer skapats. Dessa inkluderar bland annat mänskliga rättighetsregimer såsom exempelvis Europakonventionen om mänskliga rättigheter, handelsregimer såsom exempelvis världshandelsorganisationen, WTO, investeringsskyddsregimer såsom exempelvis konvention om biläggande av investeringstvister mellan stat och medborgare i annan stat, ICSID, och regionala regimer såsom exempelvis EU. Dessa regimer består ofta av olika regelkombinationer, som tillsammans bestämmer olika kompetenser, förpliktelser, rättigheter, normkonfliktregler och administrativa organ för regelkomplexen.⁴⁸ Det förekommer att staters förpliktelser enligt dessa regimer överlappar, genom att regelkomplexen innehåller olika motstridiga regler rörande samma sak, varvid en rättslig inkohärens uppkommer. Eftersom folkrätten, förutom vad gäller *jus cogens* och art. 103 FN-stadgan, är ett horisontellt system, fungerar folkrätten inte enligt det kelsenianska avsatssystemet, där en norm givet har företräde framför en annan på grund av dess normhierarkiska status.⁴⁹ Detta fenomen förstärks ytterligare av det faktum att folkrätten framförallt präglas av decentraliserad konfliktlösning, där olika organ ansvarar för rättstillämpningen inom sin regim, utan ansvar för det folkrättsliga systemets helhetskohärens.⁵⁰ Huruvida detta fenomen är applicerbart på uppsatsens intresseområde, samt om det överhuvudtaget innebär en kohärensproblematik i förhållande till detta diskuteras närmare i slutsatserna.

1.5 Kort om investeringsskyddsavtal - vad de reglerar och hur de reglerar

Innan uppsatsen närmare undersöker själva problemområdet rörande förenligheten mellan tvistlösningsklausuler i bi- och multilaterala investeringsskyddsavtal och EU-fördragen, samt dess vidare konsekvenser behöver det juridiska landskapet, vari tvistlösningsklausulerna existerar, kort presenteras. Genom bi-, och multilaterala investeringsskyddsavtal ges investerare från en stat möjlighet att föra talan inför en internationell skiljenämnd mot en stat, vari investeraren har gjort en investering, för denna stats agerande gentemot investeraren, såtillvida att de formella

⁴⁷ Fragmentiseringen av den internationella rätten har bland annat diskuterats utförligt av Koskenniemi i en rapport för ILC, se Koskenniemi, 2006. Koskenniemi menar dock att kohärens här inte är ett absolut värde, ”Coherence is, however, a formal and abstract virtue. For a legal system that is regarded in some respects as unjust or unworkable, no added value is brought by the fact of its being coherently so”, Koskenniemi, 2006, p. 491.

⁴⁸ Se exempelvis Blome, Fischer-Lescano, Franzki, Markard & Oeter, 2016, s. 2.

⁴⁹ Se exempelvis Vidmar, 2012, s. 13.

⁵⁰ De Wet och Vidmar, 2012, s. 1.

förutsättningarna i investeringsskyddsavtalet är uppfyllda. Detta innebär att det måste existera ett investeringsskyddsavtal mellan två stater, där parten som för talan räknas som ett subjekt med nationalitet tillhörande den ena staten under avtalet, att en investering har gjorts i den andra staten, och att det uppkommit en tvist härrörande från investeringen samt att den andra staten gett samtycke till skiljeförfarande. Då varje bi- och multilateralt investeringsskyddsavtal reglerar de exakta formella förutsättningarna olika, samtidigt som olika skiljenämnder har bedömt frågorna i en mängd fall, är det vanskligt att kort ge några specifika utlåtanden om hur dessa begrepp närmare skall tolkas, varför uppsatsen inte närmare undersöker frågan.⁵¹

Om dessa formella förutsättningar är uppfyllda kan en skiljenämnd pröva om statens, vari investeringen är gjord, agerande utgör ett brott mot de materiella reglerna i investeringsskyddsavtalet. Dessa materiella reglers närmare utformning är också olika i de olika avtalen, men som ren belysning skall uppsatsen här kort redogöra för hur dessa är utformade i de tolv bilaterala EU-interna investeringsskyddsavtal som Sverige är part till, samt hur de materiella skyddsreglerna är utformade i energistadgefördraget, ECT.⁵² Det är viktigt att ha i åtanke att klausulerna är delvis olika formulerade i de olika avtalen, och dessa formuleringar kan ha betydande vikt vid tolkningen av investeringsskyddsavtalen, varför det enskilda avtalet måste konsulteras vid en konkret tillämpning. Den följande framställningen är därför endast en ytlig skiss av några av de förekommande beståndsdelarna i avtalen.

I alla de tolv avtalen, återfinns en klausul innehållande en mest-gynnad-nationsprincip, vilken generellt innebär att värdstaten måste tillämpa en behandling gentemot en investerare som inte är mindre förmånlig än den som tillämpas gentemot investerare från en tredje stat.⁵³ I fyra av avtalen återfinns en nationell-

⁵¹ Jfr exempelvis Dolzer & Schreuer, 2012, s. 97-135.

⁵² Avtalen och informationen om att dessa fortfarande gäller är hämtade från FN-organet United Nations Conference on Trade and Developments hemsida, Investment Policy Hub, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/202/sweden?type=bits>. (Senast hämtad 2019-04-16). Avtalen har även dubbelkollats mot hemsidan för regeringens rättsliga dokument, utan att något har framkommit som tyder på att de är uppsagda. Det är trots detta fullt möjligt att något eller några avtal kan ha sagts upp eller annars inte gäller, varför dessa i sådana fall skall bortses från.

⁵³ Art. 3, SÖ 1995:12, Överenskommelse jämte protokoll med Bulgarien om ömsesidigt främjande och skydd av investeringar. art. 4, SÖ 2002:23, Avtal med Kroatien om främjande och ömsesidigt skydd av investeringar. art. 3, SÖ 1991:42, Överenskommelse jämte protokoll med Tjeckiska och Slovakiska Federativa Republiken om främjande och ömsesidigt skydd av investeringar. Avtalet mellan Sverige och Tjeckoslovakien gäller numer mellan Sverige och Tjeckien samt Sverige och Slovakien. art. 3(1), SÖ 1992:94, Överenskommelse med Estland om främjande och ömsesidigt skydd av investeringar. art. 4, SÖ 1987:79, Avtal med Ungern om främjande och ömsesidigt skydd av investeringar. art. 3, SÖ 1992:93, Överenskommelse med Lettland om främjande och ömsesidigt skydd av investeringar. art. 3, SÖ 1992:92, Överenskommelse med Litauen om främjande och ömsesidigt skydd av investeringar. art. 3, SÖ 1999:37, Avtal med Malta om främjande och ömsesidigt skydd av investeringar. art. 3, SÖ 1990:2, Överenskommelse med Polen om främjande och ömsesidigt skydd av investeringar. art. 3, SÖ 2003:2 Avtal med Rumänien om främjande och ömsesidigt skydd av investeringar. art. 3, SÖ 2001:74, Avtal jämte protokoll med Slovenien om främjande och ömsesidigt skydd av investeringar.

behandlingsprincip, vilken innebär att värdstaten måste tillämpa en behandling gentemot en investerare som inte är mindre förmånlig än den som tillämpas gentemot investerare hemmahörande i värdstaten.⁵⁴ I alla de tolv avtalen förekommer en klausul rörande expropriation, vilken generellt förbjuder expropriation och åtgärder som indirekt innebär en expropriation av investeringen såtillvida inte åtgärderna vidtas i allmänt intresse och under vederbörligt rättsligt förfarande, åtgärderna är otvetydiga och icke-diskriminerande, och åtgärderna följs av bestämmelser om adekvat och effektiv ersättning.⁵⁵ I alla avtal återfinns också en klausul innebärandes ett medgivande av överföringar av kapital relaterade till investeringen.⁵⁶ I tre av avtalen återfinns en klausul som innebär att värdstaten skall erbjuda kompensation för egendomsskada på, eller förlust av investeringen under samma förutsättningar som för en inhemsk investerare vid händelse av krig, revolution, social oro eller annan liknande omständighet.⁵⁷ I elva av de tolv bilaterala investeringskyddsavtalen återfinns även en klausul innebärandes att värdstaten skall garantera investeraren och investeringen en rättvis och skälig behandling, *fair and equitable treatment* på engelska.⁵⁸

Denna klausul är en form av investeringsrättslig generalklausul som syftar till att garantera att värdstatens agerande gentemot investeraren och investeringen uppfyller det bakomliggande syftet med investeringskyddsavtalet.⁵⁹ Som en sådan generalklausul är dess innehåll vagt och svårdefinierat. Kort kan det konstateras att den i viss skiljenämndspraxis har antagits innehålla ett skydd av stabilitet och investerarens legitima förväntningar,⁶⁰ transparens innebärandes att alla värdstatens beslut är hänförliga till ett juridiskt ramverk,⁶¹ fullföljande av kontraktuella skyldigheter,⁶² och ett krav på att värdstaten skall agera i god tro.⁶³ På grund av standardens karaktär av generalklausul är denna uppräknings enbart en exemplifiering av dess innehåll, varför varje enskild skiljenämnd kan tillämpa den olika i varje enskilt fall, innebärandes att den även kan fyllas med vidare innehåll.

⁵⁴ art. 3, SÖ 1995:12, art. 4, SÖ 2002:23, art. 3 SÖ 1999:37, art. 3, SÖ 2001:74, art. 3, SÖ 2003:2.

⁵⁵ art. 4, SÖ 1995:12, art. 5, SÖ 2002:23, art. 4, SÖ 1991:42, art. 4, SÖ 1992:94, art. 5, SÖ 1987:79, art. 4, SÖ 1992:93, art. 4, SÖ 1992:92, art. 4 SÖ 1999:37, art. 4 SÖ 1990:2, art. 4, SÖ 2003:2, art. 4, SÖ 1991:42, art. 4, SÖ 2001:74.

⁵⁶ art. 5, SÖ 1995:12, art. 7, SÖ 2002:23, art. 5, SÖ 1991:42, art. 5, SÖ 1992:94, art. 7, SÖ 1987:79, art. 5, SÖ 1992:93, art. 5, SÖ 1992:92, art. 5 SÖ 1999:37, art. 5 SÖ 1990:2, art. 5, SÖ 2003:2, art. 5, SÖ 1991:42, art. 6, SÖ 2001:74.

⁵⁷ art. 6, SÖ 2002:23, art. 6, SÖ 1987:79, art. 5, SÖ 2001:74.

⁵⁸ art. 3(2), SÖ 2002:23, art. 2(1), SÖ 1991:42, art. 2(1), SÖ 1992:94, art. 3(1), SÖ 1987:79, art. 2(1), SÖ 1992:93, art. 2(2), SÖ 1992:92, art. 2(3) SÖ 1999:37, art. 2(1) SÖ 1990:2, art. 2(3), SÖ 2003:2, art. 2(1), SÖ 1991:42, art. 2(2), SÖ 2001:74.

⁵⁹ Dolzer & Schreuer, 2012, s. 160

⁶⁰ *ibid.* s. 169-171 och där återgiven praxis.

⁶¹ *ibid.* s. 171-172 och där återgiven praxis.

⁶² *ibid.* s. 173-176 och där återgiven praxis.

⁶³ *ibid.* s. 176-177 och där återgiven praxis.

Energistadgefördraget, ECT, är ett multilateralt fördrag, mellan 52 stater samt den europeiska unionen, vilket syftar till att främja investeringar och handel i energisektorn, främst mellan europeiska och centralasiatiska länder, även om fördraget är öppet för alla stater att ansluta sig till.⁶⁴ ECT innehåller en mängd artiklar rörande främjande av handel, transport av energi, miljöskydd samt investeringsskyddsklausuler med tillhörande tvistlösningsklausuler.⁶⁵ Till och med januari 2019 har 121 tvister mellan investerare och stater på basis av ECT aktualiserats,⁶⁶ varför ECT kan sägas vara ett av de mer betydelsefulla investeringsskyddsavtalen.⁶⁷

De materiella skyddsbestämmelserna i ECT liknar de som nämnts ovan: här återfinns en välutvecklad generalklausul som garanterar och specificerar rättvis och skälig behandling, och exemplifierar dess innehåll som stabila, skäliga, transparenta och gynnsamma förhållanden, och härutöver skall värdstaten erbjuda konstant beskydd och säkerhet och inte vidta diskriminerande eller oresonliga åtgärder.⁶⁸ Vidare innehåller ECT både en mest-gynnad-nationsprincip och en nationell-behandlingsprincip.⁶⁹ I ECT återfinns också en klausul som innebär att värdstaten skall erbjuda kompensation för egendomsskada på, eller förlust av investeringen under samma förutsättningar som för en inhemsk investerare vid händelse av krig, revolution, social oro eller annan liknande omständighet.⁷⁰ ECT innehåller också en välutvecklad klausul rörande expropriation, liknande den som skisserats ovan, och en klausul innebärandes medgivande av överföringar av kapital relaterat till investeringen.⁷¹ Till skillnad från de ovan återgivna bilaterala investeringsskyddsavtalen innehåller emellertid ECT en klausul som ålägger värdstaten att, underkastat sina nationella lagar och regleringar, i god tro undersöka en begäran av en investerare att ge inrese-, och temporära uppehållstillstånd till nyckelpersonal hos investeraren för att utföra arbete relaterat till investeringen.⁷²

Förekomsten av så kallade solnedgångsklausuler, *sunset-clauses* på engelska, innebärandes att investeringsskyddsbestämmelserna och tvistlösningsklausulerna i ett investeringsskyddsavtal fortsatt skall vara tillämpliga på investeringar gjorda innan en uppsägning av ett sådant avtal, i en av de avtalslutande parterna, en viss tid efter ett avtalets uppsägelse, skall kort redogöras för här, återigen med utgångspunkt i Sveriges bilaterala investeringsskyddsavtal och ECT. Samtliga Sveriges EU-interna

⁶⁴ SÖ 1997:57, Energistadgefördraget och Energistadgeprotokoll om energieffektivitet och därtill hörande miljöaspekter jämte slutakt från den europeiska energistadgekonferensen.

⁶⁵ Jfr Hobér, 2018, s. 175.

⁶⁶ Energy Charter Treaty Secreteriat. *The Energy Charter Treaty (ECT) Remains the Most Frequently Invoked IIA*. 2019-01-11. <https://energycharter.org/media/news/article/the-energy-charter-treaty-ect-remains-the-most-frequently-invoked-ia/> (senast hämtad 2019-04-16).

⁶⁷ Jfr Hobér, 2018, s. 201.

⁶⁸ ECT art. 3(1).

⁶⁹ ECT art. 3(3) och 3(7).

⁷⁰ ECT art. 12.

⁷¹ ECT art. 13 & 14.

⁷² ECT art. 11.

bilaterala investeringsskyddsavtal innehåller solnedgångsklausuler, åtta stycken föreskriver en tillämpningstid om 20 år efter investeringsskyddsavtalets upphörande,⁷³ två stycken föreskriver en tillämpningstid om 15 år,⁷⁴ och två stycken föreskriver slutligen en tillämpningstid om 10 år efter investeringsskyddsavtalets upphörande.⁷⁵ ECT föreskriver en tillämpningstid om 20 år efter avtalets upphörande.⁷⁶ Även om investeringsskyddsavtalen skulle sägas upp skulle alltså tvister baserade på dem vara möjliga under lång tid efteråt.

Det skydd investerare får genom solnedgångsklausuler kan dock i grunden anses vara illusoriskt, då kontraktssater till ett investeringsskyddsavtal i praktiken kan säga upp avtalet och dess solnedgångsklausul med omedelbar verkan.⁷⁷ Det är enligt art. 39 Wienkonventionen möjligt för samtliga kontraktssater till ett investeringsskyddsavtal att omförhandla avtalet och genom denna omförhandling ta bort dess solnedgångsklausul med traktaträttsligt bindande verkan. Därefter kan staterna säga upp avtalet enligt art. 54(b) Wienkonventionen med omedelbar verkan. Detta innebär således att staterna genom detta förfarande ”effectively [are] bypassing the protections of the sunset clause”.⁷⁸ Vad gäller detta förfarandes påverkan på själva tvistlösningsklausulen i en ICSID-kontext är rättsläget mer komplicerat, vilket uppsatsen återkommer till nedan.

Av denna korta redogörelse för de materiella skydden i bilaterala investeringsskyddsavtal och ECT kan det i min mening konstateras att investerare från en av de avtalsslutande staterna tillförsäkras ett brett skydd i värdstaten under avtalen. Dessa skydd skulle dock inte vara särskilt effektiva om de inte åtföljdes av en sanktion, varför sanktionerna för en överträdelse av investeringsskyddsavtalen och de tvistlösningsklausuler som ligger till grund för de skiljenämnder som kan utdöma dessa sanktioner kort behöver presenteras.

Själva tvisten avgörs genom ett skiljeförfarande, vars närmare processuella reglering är beroende av vilka skiljedomsregler som fastslås i det individuella avtalets klausul om tvistlösningsregler mellan stat och investerare. Dessa regler kan antingen vara Förenta Nationernas kommission för internationell handelsrätts-, UNCITRAL:s, Stockholms handelskammars-, internationella handelskammars-, London Center of International Arbitrations-, ICSID:s-, eller någon annan institutions regler. Enligt ECT kan de tillämpliga skiljedomsreglerna vara ICSID:s-, UNCITRAL:s-, eller Stockholms handelskammars regler.⁷⁹ Valet av skiljedomsregler för med sig vissa praktiska processuella olikheter, varav speciellt ICSID:s regler särskiljer sig från de

⁷³ art. 14.2, SÖ 2002:23, art. 10.3, SÖ 1992:94, art. 14.3, SÖ 1987:79, art. 10.3, SÖ 1992:93, art. 10.3, SÖ 1992:92, art. 10.3, SÖ 1999:37, art. 10.3, SÖ 1990:2 och art. 10.3, SÖ 2003:2.

⁷⁴ art. 12.3, SÖ 1995:12 och art. 13.3, SÖ 2001:74.

⁷⁵ art. 11.3, SÖ 1991:42.

⁷⁶ ECT art. 47(3).

⁷⁷ Zhang, 2018, s. 173-191.

⁷⁸ Zhang, 2018, s. 178-179. Jfr också Nowrot, 2016, s. 263-264 samt Binder, 2016, s. 977-978.

⁷⁹ ECT art. 26(4).

andra och kort behöver beröras här. Skillnaden är främst intressant vad gäller bestämmandet av sätet för skiljenämnden. ICSID:s regler anger att sätet ska vara vid världsbankens säte, vilket innebär att det saknas *lex loci arbitri*-regler för ICSID-förfaranden. Det finns dock en möjlighet för parterna att komma överens om en annan plats som skiljenämnden godkänner eller en annan skiljeförfarandeinstitution.⁸⁰ ICSID har dessutom självständiga processuella krav som måste vara uppfyllda för att en skiljenämnd skall anses ha behörighet att höra en tvist under ICSID.⁸¹ Enligt UNCITRAL:s regler är det istället upp till skiljenämnden att själv välja sitt säte, och enligt Stockholms handelskammarens regler är det handelskammarens styrelse väljer skiljenämndens säte.⁸²

Sätet för skiljeförfarandet får betydelse då det är den jurisdiktion vari skiljenämnden har sitt säte som utgör *lex loci arbitri*, vilket innebär att landets skiljeförfarandereglering bestämmer de yttre juridiska förhållandena för skiljeförfarandet.⁸³ Detta innebär exempelvis att *lex loci arbitri* för en skiljenämnd med Sverige som säte utgörs av den svenska lagen om skiljeförfaranden. En av de viktigaste konsekvenserna av detta är att grunderna för skiljenämndens behörighet att avgöra en konkret tvist, samt grunderna för en klandertalan av skiljedomen regleras av *lex loci arbitri*, vilket dock inte gäller för skiljedomar meddelade under ICSID:s regler. Sådana skiljedomar får enbart klandras av en kommitté utsedd av generalsekreteraren för International Center for the Settlement of Investment Disputes,⁸⁴ och ej klandras på annat sätt, exempelvis genom en klandertalan inför en nationell domstol.⁸⁵ Vid verkställandet av en skiljedom utfärdad under ICSID:s regler är det också intressant att notera att denna skall ha samma status som en lagakraftvunnen dom utfärdad av en nationell domstol i var och en av de stater som är bundna av ICSID, vilket innebär att en sådan inte får omprövas på annat sätt än vad en omprövning av en lagakraftvunnen dom av en nationell domstol.⁸⁶ Denna specifika aspekt av ICSID diskuteras mer utförligt under avsnittet rörande verkställigheten av skiljedomar baserade på EU-interna investeringskyddsavtal i Sverige. Slutligen bör även det faktum att ICSID är en del av världsbankssystemet nämnas, vilket får som konsekvens att icke-efterlevnad av ICSID-skiljedomar kan beaktas vid ett världsbanksbeslut om lån och andra krediter till stater, vilket torde ge än större politiska och ekonomiska incitament att efterleva ICSID-skiljedomar.⁸⁷

⁸⁰ SÖ 1966:51, Konvention om biläggande av investeringstvister mellan stat och medborgare i annan stat, ICSID, art. 2, 62 & 63.

⁸¹ ICSID art. 25.

⁸² UNCITRAL art. 18 och SCC-regler art. 25.

⁸³ jfr exempelvis 46§ lag om skiljeförfaranden, som anger att lag om skiljeförfarande är tillämpliga på skiljeförfaranden med säte i Sverige även om skiljeförfarandet har internationell anknytning. Se Hobér, 2011, s. 36. Andra jurisdiktioners skiljeförfaranderätt har liknande bestämmelser, jfr exempelvis Girsberger & Voser, 2016, para 471.

⁸⁴ ICSID art. 52.

⁸⁵ ICSID art. 53.

⁸⁶ ICSID art. 54.

⁸⁷ Kröll, 2015, s. 1497.

Vad gäller själva sanktionerna för överträdelse av de materiella investeringsskyddsbestämmelserna innehåller varken de bilaterala avtal uppsatsen har undersökt eller ECT några specifika sådana klausuler, varför principerna för bestämmande av sanktioner följer av den allmänna folkrätten snarare än de individuella traktaten. Dessa allmänna principer visas i Förenta Nationernas folkrättskommission, ILC:s, *articles on state responsibility*, där det framförallt av art. 31, 34-36 följer att värdstaten skall reparera den åsamkade skadan genom att i första hand återställa situationen som den var innan åtgärden som utgjorde en överträdelse av investeringsskyddsregeln utfördes och i andra hand utge kompensation för den åsamkade skadan.⁸⁸ En sådan kompensation kan innebära ersättning för potentiella framtida vinster härrörande från investeringen, såtillvida förekomsten av sådana framtida vinster inte är rent spekulativa.⁸⁹

2 Ett unionsrättsligt perspektiv på EU-interna investeringsskyddsavtal

2.1 Bilaterala investeringsskyddsavtal mellan EU-medlemsstater - *Achmea*

Efter denna översiktliga genomgång av investeringsskyddsavtal skall uppsatsen närmare undersöka frågan huruvida tvistlösningsklausuler i bilaterala investeringsskyddsavtal mellan EU-medlemsstater är förenliga med EU:s primärrätt, vilket innebär att ett unionsrättsligt perspektiv kommer anläggas på frågan. Frågan om förenligheten av tvistlösningsklausuler i bilaterala EU-interna investeringsskyddsavtal med EU-fördragen har länge varit omtvistad och omdiskuterad,⁹⁰ men får efter EU-domstolens dom i *Achmea* i min mening anses vara avgjord, vilket uppsatsen kommer att visa.⁹¹ Eftersom *Achmea* därmed är central för frågan om förenligheten av tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringsskyddsavtal med EU-fördragen tänker uppsatsen i denna del diskutera och presentera frågan utifrån målet. *Achmea* kommer därför att presenteras och dess juridiska konsekvenser analyseras för att besvara frågeställningen om hur tvistlösningsklausulers i EU-interna bilaterala investeringsskyddsavtal samt art. 26 ECT:s förenlighet med unionsrätten bör bedömas.

⁸⁸ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, in Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-third Session.

⁸⁹ jfr Dolzer & Schreuer, 2012, s. 273 med vidare hänvisningar.

⁹⁰ Se, förutom annars refererad litteratur, exempelvis: Dahlquist, Lenk & Rönnelid, 2016, Moskvan, 2015, Hindelang, 2012, Kleinheisterkamp, 2012 och Wierzbowski & Gubrynowicz, 2009.

⁹¹ C-284/16 *Achmea*. För motsatt uppfattning, se Nagy, 2018, s. 996, som menar att ”the *Achmea* ruling’s scope is much narrower than the echo it is generating. Hence, although the CJEU’s anti-arbitration attitude revealed itself, the status of intra-EU BITs is not fully settled”.

Målet rörde ett nederländskt försäkringsbolag som bildat ett slovakiskt dotterbolag, vilket erbjöd privata sjukförsäkringar på den slovakiska marknaden. År 2007 införde Slovakien lagstiftning som förbjöd vinstutdelning från privata sjukförsäkringsbolag, varpå det nederländska bolaget ansåg att den aktuella lagstiftningen åsamkat bolaget skada och stämde Slovakien inför en skiljenämnd med säte i Frankfurt-am-Main, under UNCITRAL:s regler. Det underliggande investeringsskyddsavtalet var ett bilateralt investeringsskyddsavtal mellan Nederländerna och Slovakien.⁹²

Skiljenämnden fann att Slovakiens åtgärder stred mot såväl bestämmelsen om rättvis och skälig behandling, som bestämmelsen om överföring av kapital relaterat till investeringen i det aktuella investeringsskyddsavtalet och utdömde ett skadestånd motsvarande 22.1 miljoner euro.⁹³ Slovakien väckte talan vid en domstol i Tyskland och yrkade att skiljedomen skulle upphävas på den grund att tvistlösningsklausulen i det bilaterala investeringsskyddsavtalet skulle anses strida mot art. 18, 267 och 344 FEUF och skiljenämnden därmed inte ha behörighet att avgöra tvisten. Art. 18 FEUF förbjuder diskriminering på grund av nationalitet inom fördragets tillämpningsområde, art. 267 FEUF ger EU-domstolen behörighet att meddela förhandsavgöranden, tolka fördragen och andra EU-rättsakter, och art. 344 FEUF förbjuder medlemsstaterna att lösa tvister om tolkningen eller tillämpningen av EU-fördragen på annat sätt än vad som därigenom bestämts. Fallet landade sedan i Bundesgerichtshof, vilken begärde ett förhandsavgörande från EU-domstolen enligt art. 267 FEUF, innehållandes följande frågor:

”1) Utgör artikel 344 FEUF hinder för tillämpningen av en bestämmelse i ett bilateralt investeringsskyddsavtal mellan medlemsstaterna i unionen (ett så kallat EU-internt BIT) enligt vilken en investerare i en avtalsslutande stat vid en tvist om investeringar i den andra avtalsslutande staten får inleda ett skiljeförfarande mot sistnämnda stat, när investeringsskyddsavtalet ingicks före den ena avtalsslutande statens anslutning till unionen, men skiljeförfarandet inletts först därefter? Om den första frågan besvaras nekande: 2) Utgör artikel 267 FEUF hinder för tillämpningen av en sådan bestämmelse? Om den första och andra frågan besvaras nekande: 3) Utgör artikel 18 första stycket FEUF under de omständigheter som anges i den första frågan hinder för en sådan bestämmelse?”⁹⁴

EU-domstolen fann att tvistlösningsklausulen i det aktuella investeringsskyddsavtalet, samt andra tvistlösningsklausuler i avtal mellan medlemsstater som innebär att ”en investerare i den ena medlemsstaten, om det uppstår en tvist om investeringar i den andra medlemsstaten, får inleda ett förfarande mot sistnämnda medlemsstat vid en skiljenämnd, vars behörighet den medlemsstaten är skyldig att godta” strider mot art. 267 och 344 i FEUF.⁹⁵ Eftersom EU-domstolen underkände tvistlösningsklausulen redan på denna grund prövades aldrig dess förenlighet med art. 18 i FEUF. Domstolens slutsats, att tvistlösningsklausuler i bilaterala investeringsskyddsavtal

⁹² C-284/16 *Achmea* p. 7-10. Ursprungligen gällde investeringsskyddsavtalet mellan Nederländerna och Tjeckoslovakien, vars åtaganden enligt avtalet Slovakien övertog vid sin självständighet.

⁹³ *Eureka v Slovakien*, award, p. 352 och *Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic*, [Nederländerna-Slovakien BIT], art. 3&4.

⁹⁴ C-284/16 *Achmea* p. 23.

⁹⁵ *ibid.* p. 60.

mellan EU-medlemsländer inte är förenliga med art. 267 & 344 FEUF baserades på ett resonemang med slutsatsen att själva den skiljenämnd som inrättats genom tvistlösningsklausulen kan komma att tolka och tillämpa rättsakter härrörande från unionsorganen, utan att vara underställd EU-domstolen, genom att en sådan skiljenämnd inte har möjlighet att begära förhandsavgöranden av EU-domstolen. Detta innebär, enligt EU-domstolen, att medlemsstaterna genom dylika tvistlösningsklausuler kan hänskjuta frågor gällande tolkning och tillämpning av unionsrätt till domstolar utanför det unionsrättsliga domstolssystemet, vilket enligt domstolen undergräver den unionsrättsliga autonomi.⁹⁶ Att detta blir fallet bygger på en bedömning innebärandes att skiljenämnder baserade på tvistlösningsklausuler i investeringsskyddsavtal inte är att anse som domstolar inom det unionsrättsliga domstolssystemet och att dessa skiljenämnder har en teoretisk möjlighet att tolka och tillämpa EU-rättsakter vid sin prövning av konkreta fall.

För att fullt ut kunna förstå avgörandet behöver EU-domstolens resonemang närmare redogöras för, varefter uppsatsen kritiskt kommer granska EU-domstolens resonemang för att på så sätt undersöka resonemangets koherens och därigenom sätta domen i ett unionsrättsligt sammanhang.

Domstolen inleder sitt resonemang med att bestämma dess juridiska utgångspunkter, att internationella avtal inte får inkräkta på den befogenhetsordning som fastslagits i fördragen samt att unionsrätten är autonom gentemot såväl nationella rättsordningar som folkrätten, samt har företräde gentemot nationella rättsordningar med hänsyn till unionsrättens speciella och autonoma status.⁹⁷ I sammanhanget är det viktigt att notera att domstolen lyfter fram att ”Unionsrätten bygger således på den grundläggande premissen att varje medlemsstat delar en rad gemensamma värden [...] Denna premiss innebär och motiverar att medlemsstaterna hyser ett ömsesidigt förtroende för att dessa värden erkänns och således att den unionsrätt iakttas genom vilken de genomförs”.⁹⁸ Därefter konstaterar domstolen att möjligheten till förhandsavgörande utgör kärnan i den unionsrättsliga autonomi, då denna säkerställer ”en enhetlig tolkning av unionsrätten och därigenom [gör] det möjligt att säkerställa unionsrättens koherens, fulla verkan och autonomi samt slutligen den specifika karaktären hos den rättsordning som inrättats genom fördragen”.⁹⁹

Domstolen bedömer vidare att en skiljenämnd av det slag som stadgas i investeringsskyddsavtalets tvistlösningsklausul inte under några omständigheter kan anses vara en domstol i en medlemsstat, vilket i sin tur innebär att den inte kan begära förhandsavgöranden av EU-domstolen.¹⁰⁰ Därefter menar domstolen att utformningen av art. 8 i investeringsskyddsavtalet mellan Nederländerna och

⁹⁶ *ibid.* p. 57-58.

⁹⁷ *ibid.* p. 32-33.

⁹⁸ *ibid.* p. 34.

⁹⁹ *ibid.* p. 37.

¹⁰⁰ *ibid.* p. 39-49.

Slovakien, där det anges att en skiljenämnds beslut skall vara slutgiltigt, och den tyska civilprocesslagens bestämmelser om att ett skiljenämndsbeslut bara får åsidosättas på grund av avtalets ogiltighet eller på grund av *ordre public*, innebär att de tyska domstolarna inte, genom begäran av förhandsavgörande, kan pröva frågor inom ramen för skiljenämndens materiella prövning. Detta innebär att skiljenämndens konkreta tolkning och tillämpning av rätten i ett konkret fall är bortom EU-domstolens räckvidd.¹⁰¹ Enligt EU-domstolen innebär detta att tvistlösningsklausuler i bilaterala investeringskyddsavtal strider mot principen om den unionsrättsliga autonomi i art. 267 och 344 FEUF.

Att denna slutsats inte enbart gäller den konkreta tvistlösningsklausulen i investeringskyddsavtalet mellan Nederländerna och Slovakien får i min mening anses stå klart av den breda formulering EU-domstolen använder, där de hänvisar till tvistlösningsklausuler i ”ett internationellt avtal mellan medlemsstaterna som artikel 8 i avtalet”, och själva kärnan av tvistlösningsklausulen; medgivandet till en investerare att inleda en tvist vid en skiljenämnd gentemot en värdstat för värdstatens agerande.¹⁰² Detta gör domstolen snarare än att enbart hänvisa till den konkreta tvistlösningsklausulen i det konkreta avtalet, alltså avgör lokutionen ”som”, följt av själva tvistlösningsessensen av art. 8, att slutsatsen torde få mer generell betydelse än att bara innebära ett underkännande av den enskilda tvistlösningsklausulen i det enskilda avtalet.¹⁰³ Det är dock viktigt att notera att unionsrättsliga akter inte enbart kan tolkas efter sin ordalydelse och att en teleologisk tolkningsmetod ibland kan vara nödvändig som ett komplement. En sådan torde i än högre grad påvisa att det är essensen av art. 8 i investeringskyddsavtalet, alltså möjligheten till en investerare-stat tvist inför skiljenämnd som är oförenligt med art. 267 och 344 FEUF.

Det är dock viktigt att här notera att det aktuella investeringskyddsavtalet inte medgav hänskjutning av tvisten till en skiljenämnd under ICSID-reglerna, varför det torde finnas utrymme att diskutera huruvida domstolens slutsatser även sträcker sig till tvistlösningsklausuler som har denna möjlighet, vilket uppsatsen återkommer till nedan.¹⁰⁴

Vidare kan det även noteras att EU-domstolens formuleringen i sig inte torde innebära att tvistlösningsmekanismen i art. 26 ECT är oförenlig med art. 267 och 344 FEUF, då denna tvistlösningsmekanism härrör från ett avtal där även flera icke-medlemsstater samt unionen själv är medlemmar till, vilket torde innebära att det inte är säkert att denna i sig faller inom området för lokutionen ”ett internationellt avtal

¹⁰¹ *ibid.* p. 50-55.

¹⁰² *Ibid.* p. 60.

¹⁰³ I den franska versionen av domen används lokutionen ”telle que l'article 8” och i den engelska versionen används ”such as article 8”, varför det enligt i vart fall dessa tre versioner inte verkar föreligga någon större diskrepans i tolkningsmöjlighet efter ordalydelse, snarare är de franska och engelska versionerna än tydligare i sitt fokus på art. 8 i investeringskyddsavtalet som en exemplifierande tvistlösningsklausul. Jfr också Pinna, 2018, s. 17-18.

¹⁰⁴ Nederländerna-Slovakien BIT art. 8.5 e contrario.

mellan medlemsstaterna som artikel 8 i avtalet”, då ECT inte endast är ett avtal mellan medlemsstaterna.¹⁰⁵ Denna fråga kräver dock en djupare undersökning, varför uppsatsen återkommer till den nedan.

När det så gäller själva avgörandet i *Achmea* torde det finnas anledning att förhålla sig kritiskt till EU-domstolens resonemang, om än inte nödvändigtvis till dess slutsatser. Det kan exempelvis konstateras att EU-domstolens underkännande av tvistlösningsklausulen inte var självklar på förhand; generaladvokaten ansåg till exempel i sitt förslag till avgörande i *Achmea* att tvistlösningsklausulen inte undergrävde den unionsrättsliga autonomin, eller att den för den delen utgjorde en diskriminering på nationell grund enligt art. 18 FEUF.¹⁰⁶ En djupare diskussion fordras därför, där EU-domstolens argumentation granskas utifrån dess systematiska koherens. Denna diskussion syftar till att placera domen i det unionsrättsliga sammanhang varur den kommer, helt enkelt belysa hur den förhåller sig till övrig unionsrätt, vilket bäst sker genom en kritisk granskning av den, något som dock sker utan att för den sakens skull ifrågasätta domens prejudikatvärde eller giltighet.

2.1.1 Något kort om unionsrättens företräde och autonomi

Det första som kort måste diskuteras är domstolens rättsliga utgångspunkter, alltså antagandet om den unionsrättsliga autonomin gentemot såväl nationella rättsordningar som folkrätten och företrädet för unionsrätten framför nationella rättsordningar.¹⁰⁷ En sådan diskussion måste utgå från *Costa v ENEL*, där EU-domstolen konstaterade att ”genom EEG-fördraget [infördes] en särskild rättsordning som införlivades i medlemsstaternas rättssystem när fördraget trädde i kraft och som är bindande för deras domstolar”.¹⁰⁸ Detta innebär att sedvanliga folkrättsliga tolkningsprinciper och regler inte gäller inom ramen för unionsrätten, den är således enligt EU-domstolen en rättsordning *sui generis* med företräde framför de nationella rättsordningarna.¹⁰⁹ Detta unionsrättsliga företräde framför nationell rätt innebär även ett unionsrättsligt företräde framför internationella avtal mellan medlemsstaterna.¹¹⁰ Vad gäller de yttre begränsningarna för unionens företrädesrätt

¹⁰⁵ Jfr exempelvis resonemanget i *Masdar v Spanien*, p. 313.

¹⁰⁶ Generaladvokatens förslag till avgörande i C-284/16 *Achmea* p. 273.

¹⁰⁷ För en fördjupad diskussion och analys av rättsläget innan *Achmea* och den för nedan återgivna praxisen, se exempelvis Niemelä, 2017, s. 117-147.

¹⁰⁸ C-6/64 *Costa v ENEL* (EU:C:1964:66).

¹⁰⁹ jfr till exempel Niemelä, 2017, s. 117-118 och Schütze, 2016, s. 120-122.

¹¹⁰ Att detta gäller för avtal slutna före skapandet av unionen, eller en medlemsstats anslutning till unionen, följer av C-10/61 *Kommissionen v. Italien* (EU:C:1962:2), p.10-11, där EU-domstolen konstaterade att tullar införda av Italien baserade på ett traktat med andra medlemsstater, slutet innan unionens bildande, inte var förenligt med den unionsrättsliga primärrätten, och att den unionsrättsliga primärrätten således har företräde framför traktat mellan medlemsländerna. Se också Klabbars, 2009, s. 120-125. För traktat slutna enbart mellan medlemsstaterna efter deras tillträde till unionen följer det unionsrättsliga företrädet istället av framförallt av C-478/07 *Budějovický Budvar* (EU:C:2009:521) p. 98 och C-469/00 *Ravil SARL* (EU:C:2003:295) p. 37 där EU-domstolen konstaterade att: ”bestämmelserna i en konvention som gäller för två medlemsstater inte kan tillämpas på

för förpliktelser till följd av avtal mellan medlemsstater i unionen och tredje länder, vilka har ingåtts före medlemsstaternas anslutning till unionen, följer det av art. 351 FEUF att dessa inte får påverkas av bestämmelserna i fördragen.¹¹¹ EU-domstolen har senare begränsat denna företrädesrätt, vilket diskuteras nedan i samband med diskussionen om ICSID, genom att i *Kadi* uttala att ”artikel 307 EG [art. 351 FEUF] kan inte i något fall innebära att det är möjligt att ifrågasätta principer som är en del av grundvalarna för gemenskapens rättsordning”.¹¹²

Således kan det konstateras att EU-domstolens utgångspunkt om ett unionsrättsligt företräde framför nationella rättsordningar, och delvis gentemot folkrätten, är koherent betraktat från tidigare praxis, varför det i detta avseendet kan konstateras att EU-domstolen i ett flertal uppmärksammade mål har befast principen om den unionsrättsliga autonomi gentemot nationella rättsordningar och folkrätten, varför denna rättsliga utgångspunkt torde vara självklar.¹¹³ *Achmea* kan följaktligen ses som det senaste utflödet av denna princip, där EU-domstolen bekräftar sin exklusiva kompetens att slutgiltigt tolka och tillämpa unionsrätten, utan påverkan av rättstillämpare utanför det unionsrättsliga systemet. Denna exklusiva kompetens är, enligt domstolens resonemang, nödvändigt för att tillse en effektiv, enhetlig och koherent tolkning och tillämpning av unionsrätten i hela unionen, vilket främst kan ske genom förhandsavgörandemöjligheten i art. 267 FEUF. I sammanhanget bör det dock återigen påpekas att detta företräde bedöms från ett unionsrättsligt perspektiv, med utgångspunkt i de unionsrättsliga akterna. Den unionsrättsliga autonomi formuleras vidare som att den befogenhetsordning som slagits fast i fördragen inte får påverkas. Den befogenhetsordningen innebär alltså att EU-domstolen, genom art. 19.1 FEU i kombination med art. 267 och 344 FEUF, har den yttersta kompetensen att tolka och tillämpa unionsrätten, vilken, tillsammans med principen om unionsrättens företräde kan sägas utgöra en kärna i den grundläggande principen om den unionsrättsliga autonomi.¹¹⁴

förbindelserna mellan de två staterna om de visar sig strida mot reglerna i fördraget, bland annat mot fördragets regler om fri rörlighet för varor”. Jfr även C-3/91 *Exportur* (EU:C:1992:420) p. 8. Vad slutligen gäller avtal slutna mellan medlemsstater och stater utanför unionen har EU-domstolen konstaterat att dessa inte ens har företräde framför sekundärlagstiftning. I C-176-177/97 *Kommissionen v. Belgien och Luxemburg* (EU:C:1998:285), som rörde ett traktat mellan Belgien, Luxemburg och Malaysia, slutet efter den europeiska unionens bildande, med innehåll som inte var förenligt med viss sekundärlagstiftning, fann domstolen att Belgien och Luxemburg inte uppfyllt sina förpliktelser enligt sekundärlagstiftningen och det bilaterala traktatet följaktligen var oförenligt med detta, varpå sekundärlagstiftningen hade företräde framför förpliktelserna i avtalet. Jfr även Schütze, 2016, s. 124.

¹¹¹ Jfr också C-124/95 *Centro-Com* (EU:C:1997:8) p. 61, där domstolen konstaterar att medlemsstater får vidta åtgärder som strider mot fördragen ”endast om de är nödvändiga för att säkerställa att den berörda medlemsstaten fullgör de förpliktelser gentemot tredje land som följer av ett avtal som har ingåtts innan fördraget trädde i kraft eller före denna medlemsstats anslutning”.

¹¹² C-402/05P & C-415/05P *Kadi* (EU:C:2008:461) p. 305.

¹¹³ Se exempelvis Yttrande 1/91 (EU:C:1991:490) p. 35, Yttrande 1/00 (EU:C:2002:231) p. 11-12, Yttrande 1/09 (EU:C:2011:123) p. 65-89, särskilt 65-70, Yttrande 2/13 (EU:C:2014:2454) p. 166-177 och 183, och mål C-459/03 *Mox Plant* (EU:C:2006:345) p. 123-139.

¹¹⁴ Jfr C-284/16 *Achmea* p. 33, C-402/05P *Kadi* p. 282 och Yttrande 2/13 p. 176.

Som undersökningen ovan visat, får, utifrån ett unionsrättsligt perspektiv, domstolens förutsatta koncept om den unionsrättsliga autonomi och det unionsrättsliga företrädet framför nationella rättsordningar, anses vara i grunden koherenta och väletablerade rättsliga utgångspunkter. Det återstår således att undersöka primärt fyra frågor, först huruvida art. 344 FEUF faktiskt kan tillämpas på tvistlösningar mellan enskilda och medlemsstater. Därefter skall uppsatsen diskutera vilken betydelse EU-domstolen lägger i innebörden av en skiljenämnds tillämpning och tolkning av unionsrättsliga akter, då en sådan tillämpning och tolkning är en förutsättning för att skiljenämnden skall kunna undergräva den unionsrättsliga autonomi enligt art. 267 och 344 FEUF. Sedan skall uppsatsen närmare diskutera huruvida en skiljenämnd utgör eller inte utgör en domstol i en medlemsstat som kan begära förhandsavgöranden av EU-domstolen. Slutligen återstår att undersöka den rättsliga koherensen i distinktionen EU-domstolen gör mellan kommersiella skiljenämnder, vilka EU-domstolen inte anser undergräver den unionsrättsliga autonomi, och skiljenämnder baserade på investeringsskyddsavtal, vilka EU-domstolen anser undergräver den unionsrättsliga autonomi.¹¹⁵

2.1.2 Något om tillämpningen av art. 344 FEUF

Vad gäller den första frågan kan det noteras att EU-domstolens slutsats, att tvistlösningsklausulen i investeringsskyddsavtalet mellan Nederländerna och Slovakien är oförenlig med art. 344 i FEUF, i sig är tveksamt underbyggd. Såväl generaladvokaten i dennes förslag till avgörande,¹¹⁶ som Bundesgerichtshof i dess förhandsavgörandebegäran,¹¹⁷ menade att tvistlösningsklausulen inte stred mot art. 344 då denna artikel till ordalydelsen förhindrar medlemsstater, inte enskilda gentemot medlemsstater, att ”lösa tvister om tolkningen eller tillämpningen av fördragen på annat sätt än som bestämts genom fördragen”. I det aktuella fallet rör det sig om ett enskilt subjekt, i form av Achmea, vilket sökte lösa en tvist med en medlemsstat, vilket således inte torde uppfylla rekvisitet ”medlemsstaterna” i art. 344, då det här enbart rör sig om en medlemsstat, Slovakien, vilken har en tvist med ett enskilt subjekt, Achmea.¹¹⁸ EU-domstolen bemöter i stort sett inte denna invändning i domslutet och diskuterar endast mycket kortfattat innehållet av art. 344 FEUF, genom ett konstaterande av dess ordalydelse och en hänvisning till att art. 344 FEUF enligt domstolen föreskriver den unionsrättsliga autonomi och dess företräde, vilket i min mening torde kräva ett mer extensivt rättfärdigande.¹¹⁹

¹¹⁵ För EU-domstolens distinktion mellan kommersiella skiljenämnder och skiljenämnder baserade på investeringsskyddsavtal, se C-284/16 *Achmea* p. 54-55.

¹¹⁶ Generaladvokatens förslag till avgörande i C-284/16 *Achmea* p. 139-159.

¹¹⁷ C-284/16 *Achmea* p. 15.

¹¹⁸ Innan *Achmea* tycks även en stor del av doktrin ha förespråkat att art. 344 i FEUF inte kan utsträckas till att gälla tvister mellan enskilda och medlemsstater, se Niemelä, 2017, s. 174, not 611 och där angivna referenser.

¹¹⁹ C-284/16 *Achmea* p. 32.

Med hänvisning till generaladvokatens utförda dekonstruktion av den rättspraxis EU-domstolen hänvisar till, där generaladvokaten korrekt menar att det enbart av tidigare rättspraxis inte går att utläsa att art. 344 FEUF skall utsträckas till tvister mellan enskilda och medlemsstater torde det särskilt kunna krävas att EU-domstolen närmare preciserar sin argumentation.¹²⁰ Följaktligen är det svårt att få klarhet i anledningarna till att tvistlösningsklausulen, enligt EU-domstolen, strider mot just art. 344 FEUF. Det är dock viktigt att notera att det står EU-domstolen fritt att tolka fördragen, varför rättsläget efter *Achmea* likväl är att beteckna som att art. 344 FEUF numer även får anses vara utsträckt till att kunna gälla tvister mellan enskilda och medlemsstater, trots bristen på motivering för detta ställningstagande.¹²¹ Särskilt som EU-domstolen använder en närmast rent teleologisk tolkningsmetod av art. 344 FEUF med hänvisningar till mer generella principer torde det kunna krävas att domstolen underbygger sina överväganden av art. 344 FEUF:s syften och hur det kan förklaras att denna utsträcks till att även gälla tvister mellan enskilda och medlemsstater, då detta inte följer av artikelns ordalydelse.¹²²

2.1.3 Tolkning och tillämpning av unionsrätten i skiljeförfaranden baserade på EU-interna investeringsskyddsavtal

Nästa fråga att diskutera är huruvida skiljenämnder baserade på tvistlösningsklausuler i bilaterala investeringsskyddsavtal faktiskt tolkar och tillämpar unionsrätt, och på så sätt undergräver den unionsrättsliga autonomi. Det centrala elementet i EU-domstolens analys av innebörden av en skiljenämnds tolkning och tillämpning av unionsrätten är blott att en teoretisk möjlighet att en skiljenämnd kan tolka eller tillämpa unionsrätten skall vara för handen, inte huruvida denna möjlighet förekommer i praktiken eller ens är sannolik.¹²³ Detta torde särskilt följa av lokutionen ”kan komma att tillämpa” i p. 42 i *Achmea*, vilket inte innebär en prövning av huruvida skiljenämnden faktiskt tolkar och tillämpar unionsrätten.

Avtalet mellan Nederländerna och Slovakien, vilket låg till grund för *Achmea* innehöll en klausul i art. 8(6) som förelade skiljenämnden att beakta nationell rätt vid bedömning av tvisten. Eftersom unionsrätten enligt EU-domstolen är att betrakta

¹²⁰ Notera särskilt Yttrande 1/09 och Yttrande 2/13. I Yttrande 2/13 p. 204 berör inte EU-domstolen det faktum att europadomstolen kan bedöma unionsrättsliga frågor mellan enskilda och medlemsstaterna, utan enbart konstaterar att art. 344 i FEUF förhindrar att europadomstolen kan bedöma unionsrättsliga frågor mellan medlemsstaterna samt mellan medlemsstaterna och unionen. I Yttrande 1/09 p. 63 skriver EU-domstolen ”eftersom det enligt denna bestämmelse [art. 344 FEUF] endast är förbjudet för medlemsstaterna att lösa tvister om tolkningen eller tillämpningen av fördragen på annat sätt än som bestämts genom fördragen”, vilket direkt motsäger den senare tolkningen i *Achmea*.

¹²¹ Jfr exempelvis Lenaerts & Gutiérrez-Fons, 2010, s. 1631-1633.

¹²² Jfr till exempel Lenaerts & Gutiérrez-Fons, 2010, s. 1651-1652 samt Bernitz & Kjellgren, 2018, s. 197-198.

¹²³ Jfr Hallberg & Östlund, 2017/2018, s. 846 och C-284/16 *Achmea* p. 40-42. Jfr även Yttrande 2/13 p. 208.

som en del av den nationella rätten i Nederländerna och Slovakien, innebar klausulen att en möjlighet fanns för skiljenämnden att beakta unionsrätt, vilket enligt EU-domstolen var att likställa med att en teoretisk möjlighet fanns att skiljenämnden skulle kunna komma att tolka och tillämpa unionsrätten.¹²⁴ Det framgår inte av domstolens argumentation hur den logiska operationen i att likställa ”beakta” med ”tolka och tillämpa” utförs, varför det torde finnas viss anledning att vara kritisk mot EU-domstolens resonemang. Vissa författare har lyft det faktum att skiljenämnder i praktiken avgör tvister baserade på investeringsskyddsavtal och internationell sedvanerätt; i det fall unionsrätten blir en del av en tvistlösning är detta primärt som en del av sakomständigheterna, varför ingen skiljenämnd hittills har gjort en självständig tolkning av unionsrätten.¹²⁵ Formuleringen att skiljenämnden skall beakta, *taking into account* enligt formuleringen i originalavtalet, nationell rätt innebär alltså visserligen inte i sig att denna skall tolkas och tillämpas av skiljenämnden. Detta är dock enligt EU-domstolen irrelevant då formuleringen medger en möjlighet för skiljenämnden att tolka och tillämpa nationell rätt, och därigenom unionsrätten. Oaktat resonemangets eventuella idékoherensproblem står det som bekant EU-domstolen fritt att tolka fördragen extensivt.¹²⁶

Därefter är det intressant att diskutera till vilken grad *Achmea* gäller för investeringsskyddsavtal, vars tvistlösningsklausuler inte har en klausul som medger skiljenämnd att beakta nationell rätt, och därigenom unionsrätten.¹²⁷ Domstolen hänvisar till att

”Artiklarna 267 och 344 FEUF ska tolkas så, att de utgör hinder för en sådan bestämmelse i ett internationellt avtal mellan medlemsstaterna som artikel 8 i avtalet [investeringsskyddsavtalet mellan Nederländerna och Slovakien], enligt vilken en investerare i den ena medlemsstaten, om det uppstår en tvist om investeringar i den andra medlemsstaten, får inleda ett förfarande mot sistnämnda medlemsstat vid en skiljenämnd, vars behörighet den medlemsstaten är skyldig att godta”.¹²⁸

I det slutgiltiga prejudikatet slås fast att det är själva essensen av artikel 8, att möjliggöra skiljeförfarande mellan en investerare och en medlemsstat, som är oförenligt med art. 267 och 344 FEUF, om denna klausul återfinns i ett avtal mellan medlemsstaterna. Det torde således inte krävas att tvistlösningsklausuler i andra avtal

¹²⁴ C-284/16 *Achmea* p. 40-42. ”Tolka och tillämpa” torde således enligt EU-domstolen vara att likställa med ”beakta”, vilket får sägas vara ett lågt ställt krav för att en skiljenämnd skall anses tolka och tillämpa unionsrätt. Detta tyder i min mening än mer på den breda prejudikatverkan som torde följa av *Achmea*.

¹²⁵ Jfr Sadowski, 2018, s. 1050. Jfr också Generaladvokatens förslag till avgörande i C-284/16 *Achmea* p. 174-178 och 228. För motsatt åsikt, se Contartese & Andenas, 2019, s. 168-170.

¹²⁶ Se exempelvis Lenaerts & Gutiérrez-Fons, 2010, s. 1631-1633. Carducci, 2018, s. 601 menar i motsats till detta att ”the Court’s responsibilities do not include modifying the clear terms of the EU Treaties, inter alia by an excessively extensive interpretation”.

¹²⁷ Det kan här noteras att inga av de 12 svenska EU-interna bilaterala investeringsskyddsavtalen innehåller en klausul likande art. 8.6 om tillämplig lag på tvisten i det underliggande investeringsskyddsavtalet för *Achmea*.

¹²⁸ C-284/16 *Achmea* p. 60.

är utformade precis som artikel 8 i investeringsskyddsavtalet mellan Nederländerna och Slovakien, med en klausul som möjliggör för skiljenämnden att beakta nationell rätt. Hade domstolen önskat begränsa prejudikatverkan till tvistlösningsklausuler med detta innehåll torde ett explicit uttalande av detta krävts, där det hänvisades till själva formuleringen av den aktuella klausulen, inte till dess essens. Lokutionen ”som artikel 8 i avtalet” torde följaktligen, av det fortsatta resonemanget i domen, i min mening förstås som att det är art. 8:s essens som är oförenligt med art. 267 och 344 FEUF, inte dess exakta formulering.¹²⁹

Det finns i min mening ett visst utrymme att ytterligare diskutera frågan om prejudikatet i *Achmea* även gäller tvistlösningsklausuler som inte har en lagvalsklausul likt den i art. 8.6 i investeringsskyddsavtalet mellan Nederländerna och Slovakien.¹³⁰ Om en tvistlösningsklausul i ett investeringsskyddsavtal inte innehåller en lagvalsklausul liknande art. 8.6, vilken explicit medger ett beaktande av nationell rätt vid avgörandet av en tvist, är klausulen i princip inte en ”klausul som artikel 8 i avtalet”. Om investeringsskyddsavtalet således inte medger att skiljenämnden beaktar nationell rätt kan en sådan inte beakta unionsrätten, varför den unionsrättsliga autonomi i sådana fall inte undergrävs. Det behöver därför undersökas om skiljenämnder, trots en avsaknad av en klausul likande art. 8.6, medges att beakta unionsrätten vid avgörandet av en tvist. För att avgöra detta behöver de institutionella regler som reglerar skiljeförfarandet undersökas, alltså ICSID:s, UNCITRAL:s, och Stockholms Handelskammars, då dessa enligt tvistlösningsklausulerna i de olika investeringsskyddsavtalen är tillämpliga regler för skiljenämnden.

Art. 42(1) ICSID innehåller en lagvalsregel som innebär att en tvist skall avgöras enligt de regler som bestämts av parterna till tvisten, och i avsaknad därav enligt nationell samt internationell rätt. Denna artikel torde därför innebära att en teoretisk möjlighet finns att en skiljenämnd beaktar nationell rätt, varför alla tvistlösningsklausuler i investeringsskyddsavtal som hänvisar till tvistlösning enligt ICSID indirekt är sådana tvistlösningsklausuler som art. 8.6 i investeringsskyddsavtalet mellan Nederländerna och Slovakien, och således faller under prejudikatet i *Achmea*.¹³¹ Detta gäller dock såtillvida att en konkret tvistlösningsklausul i ett konkret investeringsskyddsavtal inte innehåller en alternativ lagvalsklausul, då en sådan i meningen av art. 42(1) ICSID innebär att parterna har kommit överens om andra tillämpliga regler på tvisten.¹³² Art. 35 UNCITRAL:s regler om skiljeförfarande innebär att skiljenämnden skall avgöra tvisten enligt de lagregler parterna kommer överens om, och i brist därpå enligt de lagregler den själv finner lämpligt.

¹²⁹ För motsatt uppfattning, se Nagy, 2018, s. 996.

¹³⁰ Se exempelvis Declève, 2018 och Delaume, 1966, s. 78.

¹³¹ jfr Schreuer, 2009, s. 578-587. Se även nedan under diskussionen om unionsrätten och ECT.

¹³² jfr De Sadeleer, 2018, s. 363-364.

Även detta innebär att det finns en teoretisk möjlighet att skiljenämnden beaktar nationell rätt, och därigenom unionsrätten, varför även tvistlösningsklausuler som hänvisar till UNCITRAL:s regler torde falla under prejudikatet i *Achmea*. Vad slutligen gäller Stockholms handelskammars regler innehåller § 27(1) samma bestämmelser som art. 35 UNCITRAL:s regler, varför samma bedömning även gäller för dessa. Av ovanstående stycke följer att det finns en teoretisk möjlighet att skiljenämnder under ICSID:s, UNCITRAL:s, eller Stockholms handelskammars regler beaktar nationell rätt vid avgörandet av tvisten, varför alla tvistlösningsklausuler som hänvisar till dessa regler enligt *Achmea* är oförenliga med art. 267 och 344 FEUF, då sådana tvistlösningsklausuler i allt väsentligt är som art. 8 i investeringsskyddsavtalet mellan Nederländerna och Slovakien.

Även om det underliggande investeringsskyddsavtalet i en tvist kan anses vara det huvudsakliga tillämpliga regelverket för att avgöra en tvist finns det en teoretisk möjlighet att unionsrätten likväl beaktas av en skiljenämnd. Denna möjlighet följer av art. 31.3(c) Wienkonventionen, vilken anger att ”any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties” skall beaktas, *be taken into account* i originalversionen, vid tolkningen och tillämpningen av ett traktat, vilket ett investeringsskyddsavtal är. Eftersom EU-fördragen, från ett folkrättsligt perspektiv, är att betrakta som ett folkrättsligt traktat mellan medlemsstaterna, och därmed en del av de relevanta folkrättsliga reglerna som gäller mellan medlemsstaterna,¹³³ finns det en teoretisk möjlighet att en skiljenämnd kan beakta unionsrätten som en del av de folkrättsliga reglerna mellan parterna till ett investeringsskyddsavtal, och på så sätt riskera att undergräva den unionsrättsliga autonomi som denna beskrivs av EU-domstolen i *Achmea*.¹³⁴

Som avslutning kan det i denna del även anmärkas att en eventuell skiljenämnd kan komma att behöva bedöma relevansen av art. 30(3) & 59 Wienkonventionen, en bedömning som innebär att skiljenämnden behöver avgöra om ett konkret investeringsskyddsavtal reglerar samma *subject-matter*¹³⁵ som EU-fördragen.¹³⁶ Denna bedömning innebär således att EU-fördragens *subject-matter* behöver bestämmas, vilket nödvändigtvis innebär att EU-fördragen behöver tolkas. Därigenom existerar en potentiell möjlighet för varje skiljenämnd, baserad på ett EU-internt investeringsskyddsavtal, att behöva tolka unionsrätten, vilket därmed riskerar att undergräva den unionsrättsliga autonomi.

¹³³ jfr Ziegler, 2013, s. 4-5. Jfr också Bermann, 2018, s. 203 not 2 och däri angivna hänvisningar.

¹³⁴ Visserligen innebar art. 8.6 i Nederländerna-Slovakien BIT att nationell rätt skulle beaktas vid lösning av tvisten. EU-domstolen gör dock i C-284/16 *Achmea* p. 41 ingen skillnad mellan det fall att en skiljenämnds tolkning av unionsrätten baseras på att denna anses utgöra en del av en nationell rättsordning eller ett internationellt avtal mellan staterna. Jfr också Hess, 2018, s. 10.

¹³⁵ I den svenska översättningen av Wienkonventionen används uttrycket ”samma ämne” som översättning för ”same subject-matter”, vilket i min mening inte fångar dess precisa innebörd, varför uppsatsen för tydlighetens skull fortsatt använder det engelska ordet.

¹³⁶ Se redogörelsen av skiljedomspraxisen nedan.

2.1.4 Något om domstolsbegreppet i art. 267 FEUF

I frågan om huruvida skiljenämnder baserade på tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringsskyddsavtal utgör domstolar i medlemsstaterna som kan begära förhandsavgöranden från EU-domstolen enligt art. 267 FEUF måste diskussionen ta sin utgångspunkt i begreppet domstol.¹³⁷ En sådan domstol måste enligt EU-domstolens praxis i bland annat *Belov* uppfylla sex kriterier: ett offentlighetskriterium, varaktighetskriterium, jurisdiktionskriterium, *inter partes*-kriterium, rättsregelkriterium och ett oberoendekriterium.¹³⁸ I *Nordsee* menade EU-domstolen att en skiljenämnd upprättad genom ett avtal inte kan uppfylla domstolskriterierna då sådana skiljenämnder generellt inte uppfyller de tre första kriterierna.¹³⁹ Genom *Ascendi* och *Merck Canada* öppnade EU-domstolen för att skiljenämnder som är upprättade genom lag kan anses vara domstolar i en medlemsstat, vilka kan begära förhandsavgöranden från EU-domstolen.¹⁴⁰ I de fallen rörde det sig om skiljenämnder som enligt Portugals konstitution kunde utöva dömande verksamhet och i övrigt uppfyllde kriterierna, varför EU-domstolen godtog att dessa skiljenämnder begärde förhandsavgöranden.¹⁴¹

Av vissa författare och generaladvokaten i *Achmea* ansågs de ovan angivna avgörandena,¹⁴² i kombination med EU-domstolens avgörande i *Dior*,¹⁴³ innebära att även skiljenämnder upprättade genom folkrättsliga traktat, såsom investeringsskyddsavtal, skulle kunna anses uppfylla domstolskriterierna och därmed få begära förhandsavgöranden från EU-domstolen enligt art. 267 FEUF. En sådan bedömning hade varit koherent med tidigare praxis och hade inneburit att i vart fall de skiljenämnder, baserade på tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringsskyddsavtal, som haft säte i EU inte nödvändigtvis hade ansetts undergräva unionsrättens autonomi, varför de underliggande tvistlösningsklausulerna inte hade behövt bedömas vara oförenliga med art. 267 & 344 FEUF. Istället för denna bedömning valde EU-domstolen att definiera offentlighetskriteriet som att en skiljenämnd måste utgöra en del av ett nationellt domstolssystem. Detta kan antingen ske genom att skiljenämnden är upprättad under en författning, eller då skiljenämnden upprättas genom folkrättsliga traktat genom att skiljenämnden, likt Beneluxdomstolen, utgör en del av förfarandet vid en nationell domstol.¹⁴⁴ Denna bedömning är koherent med tidigare praxis och innebär inga idékoherensproblem i

¹³⁷ I den engelska versionen av art. 267 FEUF används ”any court or tribunal of a member state” och i den franska används ”une juridiction d'un des États membres”, vilket indikerar en bredare definition av begreppet än det svenska ordet domstol.

¹³⁸ C-394/11 *Belov* (EU:C:2013:48) p. 38 och Matz, 2010, s. 68-69.

¹³⁹ C-102/81 *Nordsee* (EU:C:1982:107) p. 11-13. Se också Matz, 2010, s. 115-139 för en utförlig behandling och analys av begreppet domstol i förhållande till skiljenämnder efter *Nordsee*.

¹⁴⁰ C-377/13 *Ascendi* (EU:C:2014:1754) och C-555/13 *Merck Canada* (EU:C:2014:92).

¹⁴¹ C-555/13 *Merck Canada* p. 22.

¹⁴² Paschalidis, 2017, s. 677-684 och Generaladvokatens förslag till avgörande i C-284/16 *Achmea* p. 90-131.

¹⁴³ C-337/95 *Dior* (EU:C:1997:517).

¹⁴⁴ C-284/16 *Achmea*, p. 45 och 48.

unionsrättsordningen, även om bedömningen potentiellt skapar inkoherens mellan medlemsstaternas unionsrättsliga åtaganden och deras folkrättsliga åtaganden, vilket uppsatsen återkommer till.

2.1.5 Något om *Achmea* och skiljeförfaranden baserade på kommersiella avtal

Vad som slutligen återstår att diskutera i relation till *Achmea* är den distinktion EU-domstolen gör mellan skiljeförfaranden baserade på kommersiella avtal och skiljeförfaranden baserade på investeringskyddsavtal.¹⁴⁵ EU-domstolen har i tidigare avgöranden funnit det förenligt med den unionsrättsliga autonomi att skiljenämnder baserade på tvistlösningsklausuler i kommersiella avtal bedömt frågor med vissa unionsrättsliga aspekter.¹⁴⁶ I *Nordsee* konstaterar EU-domstolen att de nationella domstolarna skall verkställa en enhetlig unionsrättslig tillämpning, genom att antingen bistå skiljenämnderna vid tolkning av gällande rätt, eller överpröva skiljedomen vid överklagande, återvinning, ansökan om verkställighet, eller annat liknande förfarande.¹⁴⁷ I *Achmea* menar EU-domstolen att skiljeförfaranden baserade på kommersiella avtal, till skillnad från skiljeförfaranden baserade på investeringskyddsavtal, har kommit till stånd på grund av en gemensam partsvilja. Vad gäller skiljeförfaranden baserade på investeringskyddsavtal menar EU-domstolen istället att dessa är ett undandragande av

”tvister som kan avse tillämpningen eller tolkningen av unionsrätten från sina egna domstolars behörighet och därmed från det system för rättsmedel som de enligt artikel 19.1, 2 st., Fördraget om den Europeiska Unionen, FEU är skyldiga att inrätta på områden som omfattas av unionsrätten”.¹⁴⁸

Vad gäller själva partsviljan torde den av domstolen gjorda distinktionen vad gäller samtycke och partsvilja i min mening vara ogrundad. I exempelvis art. 8.2 i investeringskyddsavtalet mellan Nederländerna och Slovakien, vilket är det underliggande avtalet i *Achmea*, framgår det tydligt att staterna genom avtalet lämnar samtycke, *consents to* i originaltexten, till ett skiljeförfarande. Den huvudsakliga skillnaden gentemot ett kommersiellt skiljeförfarande är att den konkreta adressaten för samtycket inte specificeras, istället hänvisas till en krets, bestående av investerare från den andra staten. Detta torde i sig inte föranleda någon direkt skillnad gentemot ett kommersiellt skiljeförfarande, då båda parterna enligt avtalet måste ha en vilja att avgöra tvisten inför en skiljenämnd, medlemsstatens visas genom samtycket i det konkreta investeringskyddsavtalet, investerarens genom inlämnandet av en ansökan

¹⁴⁵ Denna diskussion blir också relevant för bedömningen om en skiljedom baserad på en tvistlösningsklausul i ett EU-internt investeringskyddsavtal kan strida mot en unionsrättslig ordre public, varför den ges visst utrymme här.

¹⁴⁶ Jfr främst C-102/81 *Nordsee*, C-126/97 *Eco Swiss* (EU:C:1999:269), C-168/05 *Mostaza Claro* (EU:C:2006:675), och C-567/14 *Genentech* (EU:C:2016:256).

¹⁴⁷ C-102/81 *Nordsee* p. 14. Jfr också C-126/97 *Eco Swiss* p. 40 och C-168/05 *Mostaza Claro* p. 34-38 som närmare anger förutsättningarna för omprövning av en meddelad kommersiell skiljedom.

¹⁴⁸ C-284/16 *Achmea* p. 55.

om skiljeförfarande enligt avtalet.¹⁴⁹ Denna, av EU-domstolen upprättade, dikotomi mellan samtycke till skiljeförfaranden baserade på investeringskyddsavtal och skiljeförfaranden baserade på kommersiella avtal torde således i min mening vara falsk; såväl kommersiella- som investeringskyddsskiljeförfaranden kräver att båda parterna i förfarandet lämnar samtycke till skiljeförfarandet, om än på olika sätt.¹⁵⁰

Vidare är EU-domstolens antagande om att medlemsstaterna, genom tvistlösningsklausulen i investeringskyddsavtalet möjliggjort ett undandragande från de nationella domstolarnas behörighet att tillse en enhetlig tolkning och tillämpning av unionsrätten i grunden korrekt, så länge skiljenämnden antingen har sitt säte utanför den europeiska unionen, eller så länge verkställighet av en eventuell skiljedom inte söks inom den europeiska unionen.¹⁵¹ Om skiljenämnden antingen har sitt säte inom unionen, varpå de nationella domstolarna kan överpröva skiljedomen, kan dessa i enlighet med *Nordsee*-prejudikatet samtidigt tillse att en enhetlig unionsrättslig tillämpning upprätthålls. Att så är fallet bevisas inte minst av att själva *Achmea*-målet prövades av EU-domstolen, då skiljedomen kunde prövas av Bundesgerichtshof, som således hade möjlighet att tillse att samma kontroll utfördes av skiljedomen som av en kommersiell skiljedom.¹⁵² I och med att skiljeförfaranden lika gärna kan ha sitt säte utanför unionen som inom unionen, och skiljedomar likväl enbart verkställas utanför unionen, finns det en möjlighet att dessa hamnar utanför det unionsrättsliga domstolssystemets kontroll, vilket gör EU-domstolens argumentation koherent.

Vad som däremot är problematiskt utifrån ett koherensperspektiv är att samma resonemang, med samma giltighet, kan tillämpas på skiljeförfaranden baserade på kommersiella avtal, vars förenlighet med principen om den unionsrättsliga autonomi EU-domstolen upprätthåller i *Achmea*.¹⁵³ Ett sådant skiljeförfarande kan också ha sitt säte utanför unionen och en eventuell skiljedom verkställas utanför unionen, varför en sådan skiljenämnd kan tolka och tillämpa unionsrätten utan att en domstol i det unionsrättsliga systemet har möjlighet att pröva denna tolknings förenlighet med unionsrätten.

Det kan slutligen noteras, vilket generaladvokaten gjorde i sitt förslag till avgörande i *Achmea*, att skiljenämnder baserade på kommersiella avtal har funnits förenliga med unionsrätten även när en medlemsstat varit motpart.¹⁵⁴ Koherensskäl torde därför

¹⁴⁹ Jfr von Goldbeck, 2018, s. 443-444.

¹⁵⁰ Jfr även Hillebrand Pohl, 2018, s. 787, Sadowski, 2018, s. 1053-1054.

¹⁵¹ Jfr C-102/81 *Nordsee* p. 14 och resonemanget ovan. Om skiljeförfarandet därmed sker helt och hållet utanför unionen kan ingen domstol i en medlemsstat överpröva om skiljenämndens eventuella tolkning av unionsrättsliga akter är korrekt, varför en enhetlig unionsrättslig rättstillämpning således inte kan tillgodoses.

¹⁵² Jfr Sadowski, 2018, s. 1055 och von Goldbeck, 2018, s. 449-450.

¹⁵³ Jfr generaladvokatens förslag till avgörande i C-284/16 *Achmea* p. 260. Se även Sadowski, 2018, s. 1055.

¹⁵⁴ Generaladvokatens förslag till avgörande i C-284/16 *Achmea* p. 203. Målet ifråga var C-536/13 *Gazprom* (EU:C:2015:316).

ytterligare tala för att den distinktion EU-domstolen upprätthåller mellan skiljeförfaranden baserade på kommersiella avtal och skiljeförfaranden baserade på investeringsskyddsavtal är problematisk, då ett medgivande till ett kommersiellt skiljeförfarande är lika bindande för staten som ett medgivande till ett investeringsskyddsavtalsbaserat skiljeförfarande.¹⁵⁵ Det ter sig således vara förenligt med EU-domstolens resonemang om en medlemsstat sluter ett skiljeavtal direkt med en investerare från en annan stat som medger att en tvist kan hänskjutas till ett skiljeförfarande.¹⁵⁶ Det avgörande momentet tycks vara att ett avtal med ett stående medgivande till ett skiljeförfarande inte får slutas med en annan medlemsstat. De grunder varpå EU-domstolen gör distinktionen torde, vilket den ovanstående diskussionen i min mening visar, vara att betrakta som tämligen svagt underbyggda.¹⁵⁷ Sammantaget torde det ovanstående i min mening visa på en form av systematisk idéinkoherens, vilken med uppsatsens teoretiska utgångspunkter i beaktande möjligtvis är problematisk.

2.2 Något mer om ett unionsrättsligt perspektiv på ICSID i ljuset av *Achmea*

Efter den ovanstående diskussionen om bilaterala EU-interna investeringsskyddsavtal i ljuset av *Achmea*, skall *Achmeas* betydelse för ICSID diskuteras närmare. Inledningsvis kan det här konstateras att Polen inte är medlemsstat till ICSID,¹⁵⁸ varför ICSID inte kan sägas vara en del av den strikt unionsrättsliga rättsordningen, även om den är en del av 27 medlemsstaters nationella rättsordningar.¹⁵⁹ Som visats ovan torde tvistlösningar i skiljenämnder baserade på ICSID mellan en investerare från en medlemsstat i EU och en annan medlemsstat vara inkompatibla med art. 267 och 344 FEUF, då det finns en möjlighet att dessa skiljenämnder kan komma att tolka och tillämpa unionsrätt enligt art. 42(1) ICSID och därmed undergräva den unionsrättsliga autonomi.

¹⁵⁵ Jfr även Ruiz-Fabri & Gaillard, 2018, s. 210-211.

¹⁵⁶ Jfr resonemanget i Svea hovrätts dom i T 8538-17, T 12033-17, s. 45-46.

¹⁵⁷ Se även Hillebrand Pohl, 2018, s. 786-787, Sadowski, 2018, s. 1053-1055, von Goldbeck, 2018, s. 443-451. von Papp menar i motsats att en distinktion mellan skiljeförfaranden baserade på investeringsskyddsavtal och kommersiella avtal likväl kan göras, om än inte på samma grunder som EU-domstolen gör i *Achmea*. von Papp jämför istället skiljeförfaranden baserade på investeringsskyddsavtal med en form av legalitetsprövning och betonar investeringsskyddsskiljeförfarandenas offentligrättsliga karaktär, utan att närmare utveckla argumentationen, varför jag inte finner den övertygande. Se von Papp, 2013, s. 1058-1060.

¹⁵⁸ International Center for Settlement of Investment Disputes. LIST OF CONTRACTING STATES AND OTHER SIGNATORIES OF THE CONVENTION (as of February 21, 2019). 2019. <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf> (senast hämtad 2019-04-16).

¹⁵⁹ jfr C-21-24/72 *United Fruits* (EU:C:1972:115) *e contrario*, även C-537/11 *Manzi och Compagnia Naviera Orchestra* (EU:C:2014:19).

Vissa författare har menat att ICSID:s bestämmelser, för de medlemsstater som blivit medlemmar till ICSID-konventionen före staternas medlemskap i europeiska unionen, skulle kunna utgöra förpliktelser gentemot stater utanför unionen, vilka inte får påverkas av EU-fördragen. Detta skulle möjliggöras genom en tillämpning av art. 351 FEUF, vilken innebär att EU-fördragen inte skall påverka medlemsstaternas förpliktelser gentemot stater utanför unionen baserade på avtal ingångna före staternas medlemskap i unionen.¹⁶⁰ Detta skulle få som effekt att skiljeförfaranden under ICSID-konventionen och verkställandet av skiljedomar baserade på ICSID-konventionen skulle ha företräde framför unionsrätten vad gäller de stater som tillträdde ICSID före sina medlemskap i unionen.

För att art. 351 FEUF överhuvudtaget skall aktualiseras krävs det dock att EU-interna ICSID-skiljeförfaranden faktiskt innebär förpliktelser mot en stat utanför den europeiska unionen, en förpliktelse denna utomstående stat måste kunna påkalla.¹⁶¹ Av art. 64 ICSID följer att "[a]ny dispute arising between contracting states concerning the interpretation or application of this Convention [...] shall be referred to the International Court of Justice by the application of any party to such dispute". Av bestämmelsens ordalydelse följer att vilken medlemsstat som helst i ICSID kan inleda en process inför den internationella domstolen, ICJ, om tolkningen och tillämpningen av ICSID.¹⁶² En stat utanför unionen torde kunna ha ett intresse av att ICSID-systemet i sin helhet är effektivt och att skiljedomar utfärdade av ICSID-skiljenämnder följs. Om systemet saknar effektivitet löper det en risk att urholkas, vilket potentiellt försämrar möjligheterna för övriga staters investerare att tillgodose sina rättigheter, vilket således skulle strida mot de staters, vari investerarna är hemmahörande, intressen. Av detta följer att andra konventionsstater kan kräva av de EU-medlemsstater som också är medlemsstater till ICSID, att dessa följer konventionen, för att annars inleda en process inför ICJ.

ICSID kan därmed sägas innebära att de EU-medlemsstaterna som också är medlemsstater till ICSID har en förpliktelse gentemot andra konventionsstater att följa ICSID, vilken dessa andra konventionsstater kan påkalla inför ICJ.¹⁶³ Särskilt noterbart här är art. 53 ICSID, vilken stipulerar att parterna till ICSID skall följa skiljedomar utfärdade under konventionen och att dessa skall anses ha status av *res judicata*. Varje medlemsstat till ICSID har därmed, enligt konventionen, en skyldighet att följa skiljedomar utfärdade under konventionen, vilket är en skyldighet gentemot

¹⁶⁰ Jfr Tietje & Wackernagel, 2015, s. 210-212, Hillebrand Pohl, 2018, s. 784 not 73, samt Paschalidis, 2018, s. 138-141.

¹⁶¹ jfr C-124/95 *Centro-Com* p. 37.

¹⁶² jfr Schreuer, 2009, s. 423 och 1109. Schreuer lämnar dock en viss möjlighet för att det kan vara så att en utomstående stat måste visa ett juridiskt intresse i tvisten för att kunna inleda en tvist inom ramen för art. 64 ICSID. Det är inte säkert att det allmänna intresset av ICSID:s funktion och effektivitet utgör ett sådant intresse, även om Schreuer menar att så är fallet, en bedömning jag instämmer i. Jfr även Paschalidis, 2018, s. 140-141.

¹⁶³ Jfr Paschalidis, 2018, s. 140-141. Jfr också C-124/95 *Centro-Com* p.37, där EU-domstolen uttalar att det krävs att en förpliktelse skall kunna påkallas av en utomstående stat för att art. 351 skall aktualiseras.

såväl investeraren i den enskilda tvisten, som andra konventionsparter till ICSID enligt undersökningen ovan.¹⁶⁴ Att som stat således inte följa skiljedomar utfärdade under ICSID utgör ett konventionsbrott som skulle kunna prövas av ICJ.

Resonemanget rörande att skiljeförfaranden och verkställandet av skiljedomar under ICSID skulle ha företräde framför unionsrätten genom en tillämpning av art. 351 FEUF torde i min mening, från ett unionsrättsligt perspektiv, inte vara förenligt med tidigare EU-domstolspraxis. Detta innebär att det faktum att skiljeförfarandet sker under ICSID-reglerna och skiljedomen skyddas av ICSID-konventionen inte torde undanta förfarandet från räckvidden av *Achmea*-prejudikatet. Av EU-domstolens praxis i exempelvis *Kadi*, vilken nämnts ovan, följer att art. 351 FEUF ”kan inte i något fall innebära att det är möjligt att ifrågasätta principer som är en del av grundvalarna för gemenskapens rättsordning”.¹⁶⁵ EU-domstolen uttalade vidare i ett *obiter dictum* i samma dom att domstolens exklusiva behörighet att säkerställa den unionsrättsliga autonomin utgör en av grundvalarna för unionen.¹⁶⁶ Detta uttalande, i kombination med EU-domstolens betoning på vikten av bevarandet av den unionsrättsliga autonomin som ett centralt värde i ett flertal fall tyder i min mening på att den unionsrättsliga autonomin är en sådan princip som är en del av grundvalarna för gemenskapens rättsordning, och således har företräde framför art. 351 FEUF.¹⁶⁷¹⁶⁸

Denna slutsats är dock inte helt given, då EU-domstolen inte specifikt har uttalat att bevarandet av den unionsrättsliga autonomin utgör en gräns för tillämpningen av art. 351 FEUF, och att ett specifikt uttalande torde krävas för att denna slutsats skall anses given, då ett förutsättande av principen om den unionsrättsliga autonomins företräde innebär att art. 351 FEUF, enligt dess ordalydelse, innebörd och syfte inte tillämpas. Det är dock viktigt att notera att uppsatsens antagande, utifrån ovanstående undersökning, är en koherent följd av EU-domstolens tidigare praxis och i sig torde utvisa att principen om unionsrättens autonomi har företräde framför art. 351 FEUF, varför ett sådant företräde torde kunna förutsättas, om än inte med

¹⁶⁴ Schreuer, 2009, s. 1100 och 1109.

¹⁶⁵ C-402/05P *Kadi* p. 304.

¹⁶⁶ C-402/05P *Kadi* p. 282. Jfr också Österdahl: ”In contrast to what many authors have pretended, the ECJ never states that human rights is the over-arching value from which the conclusion in *Kadi* and *Al Barakaat* necessarily follows. It is the position of primary law as such in the EU legal order, and vis-à-vis all other possibly competing legal systems which is important to the ECJ”. Österdahl, 2012, s. 11.

¹⁶⁷ Se bland annat: Yttrande 1/91 p. 35 och 71, C-459/03 *Max-Plant* p. 123, Yttrande 1/09 p. 76 och Yttrande 2/13 p. 201.

¹⁶⁸ Denna tes stärks än mer av Yttrande 2/13 p. 169, där EU-domstolen uttalade att ”I kärnan av denna rättsliga konstruktion finns dessutom [förutom bland annat unionsrättens autonomi] de grundläggande rättigheterna”, vilket i min mening torde indikera att EU-domstolen anser den unionsrättsliga autonomin och de grundläggande rättigheterna vara en del av kärnan i unionsrätten, och således ha företräde framför art. 351 FEUF. Jfr även De Burca, 2010, s. 24-25.

total säkerhet.¹⁶⁹ Av detta följer att principen om den unionsrättsliga autonomin, så som den tar sig uttryck i art. 267 och 344 FEUF, från ett unionsrättsligt perspektiv, äger företräde framför medlemsstaternas åtaganden enligt ICSID. Vad konsekvenserna av detta unionsrättsliga företräde blir, samt en djupare diskussion om verkställigheten av skiljedomar baserade på EU-interna investeringskyddsavtal i Sverige, återkommer uppsatsen till nedan. Vad som här kan konstateras är att det, i den mån ICSID-skiljedomar i tvister mellan investerare från en EU-medlemsstat och en annan EU-medlemsstat fortsatt utfärdas, och dessa på grund av EU-medlemsstatens unionsrättsliga åtaganden inte följs av EU-medlemsstaten, föreligger en potentiell inkohärens mellan en stats åtaganden enligt ICSID-konventionen och dess åtaganden enligt EU-fördragen.

2.3 Ett unionsrättsligt perspektiv på art. 26 ECT i en EU-intern kontext

Som redogjorts för ovan är europeiska unionen samt samtliga europeiska unionens medlemsländer, undantaget Italien, medlemmar i ECT, tillsammans med ytterligare ett antal länder utanför unionen.¹⁷⁰ Tvistlösningsmekanismen i art. 26 ECT skiljer sig således från tvistlösningsmekanismen i *Achmea*, då den där aktuella tvistlösningsklausulen var en bestämmelse i ett internationellt avtal mellan medlemsstater, och inte en bestämmelse i ett internationellt avtal mellan unionen, medlemsstater och tredje länder. Huruvida prejudikatet i *Achmea* trots detta skall tolkas så att det även gäller tvistlösningsmekanismen i ECT, bedöms olika bland medlemsstaterna samt av kommissionen. Fem av medlemsstaterna, däribland Sverige, menar att *Achmea* inte i sig påverkar synen på tvistlösningsmekanismen i ECT, snarare tycks man mena att ett specifikt utlåtande från EU-domstolen gällande kompatibiliteten mellan art. 26 ECT och art. 267 och 344 FEUF behövs.¹⁷¹ 22 av medlemsstaterna menar istället att art. 26 ECT står i strid med art. 267 och 344 FEUF, då ECT, enligt dessa medlemsstater, utgör en integrerad del av unionens rättsordning och därför måste tolkas på ett sätt som inte gör ECT inkompatibelt med

¹⁶⁹ Jfr Tietje & Wackernagel, 2015, s. 210-212 och 227. Tietje och Wackernagel menar att art. 351 FEUF inte är tillämplig på den EU-interna ICSID-aspekten, om än på andra grunder än av uppsatsens undersökning ovan. De menar att art. 351 FEUF enbart skyddar skyldigheter gentemot länder utanför EU och att ICSID troligtvis inte kan sägas innebära några sådana. Om ICSID skulle innebära sådana skyldigheter, vilket denna uppsats menar att ICSID innebär, skulle det enligt Tietje och Wackernagel få som konsekvens att art. 351 skyddar dessa skyldigheter och därmed ger företräde för ICSID i en EU-intern kontext. Jag delar inte denna slutsats baserat på resonemanget i uppsatsen ovan gällande Kadi-principernas tillämplighet på ICSID.

¹⁷⁰ Energy Charter Treaty Secretariat. Signatories/Contracting Parties. 2019. <https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/signatories-contracting-parties/> (senast hämtad: 2019-04-16).

¹⁷¹ Declaration of the representatives of the governments member states, 16 january, on the enforcement of the judgement of the court of justice in *Achmea* and on investment protection in the European Union, 2019, <https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7320128/achmea-declaration.pdf> (senast hämtad 2019-04-16), s. 3.

fördragen.¹⁷² Kommissionen menar att prejudikatet i *Achmea* gäller alla tvistlösningsklausuler som möjliggör ett skiljeförfarande mellan en investerare från en medlemsstat och en annan medlemsstat, oavsett var en sådan tvistlösningsklausul återfinns, inbegripet ECT.¹⁷³ Eftersom art. 26 ECT inte är uppenbart oförenlig med tolkningen av art. 267 och 344 FEUF i *Achmea*, behöver denna fråga undersökas och diskuteras djupare.¹⁷⁴

Det måste inledningsvis bedömas huruvida det innebär någon skillnad från *Achmea*-fallet att ett antal tredje länder är medlemmar i ECT vid bedömningen av om art. 26 ECT är oförenlig med art. 267 och 344 FEUF, varefter det måste bedömas huruvida det faktiskt innebär någon skillnad att unionen själv är medlem i ECT.

Att unionen självt är medlem i ECT innebär först och främst att art. 351 FEUF inte kan bli tillämplig på de länder,¹⁷⁵ som ratificerade ECT innan sina medlemskap i EU, på den grund att art. 351 FEUF skyddar förpliktelser som följer av avtal ”mellan å ena sidan en eller flera medlemsstater och å andra sidan ett eller flera tredjeländer” före dessa länders anslutning till unionen. Avtal mellan en eller flera medlemsstater, unionen självt, och ett eller flera tredjeländer, så som ECT, faller således inte under skyddet för art. 351, vilket medför att ECT skall bedömas lika oaktat tidpunkten för staternas ratificering av ECT.¹⁷⁶

I *Achmea* konstaterade EU-domstolen att:

”ett internationellt avtal om upprättande av en domstol som ansvarar för tolkningen av avtalets bestämmelser och vars avgöranden är bindande för institutionerna, inbegripet EU-domstolen, visserligen i princip inte oförenligt med unionsrätten. Unionens befogenhet på området för internationella förbindelser och dess befogenhet att ingå internationella avtal innefattar med nödvändighet möjligheten att såvitt gäller tolkningen och tillämpningen av dessa avtals bestämmelser följa avgörandena från en domstol som upprättats eller utsetts enligt avtalen, under förutsättning att unionens autonomi och autonomin hos dess rättsordning iaktas”.¹⁷⁷

ECT är ett internationellt avtal, som unionen har befogenhet att ingå,¹⁷⁸ och vilket innehåller en klausul som innebär att en, från unionens rättsordning, fristående

¹⁷² Declaration of the representatives of the governments member states, 15 January, on the enforcement of the judgement of the court of justice in Achmea and on investment protection in the European Union, 2019,

https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf (senast hämtad 2019-04-16), s. 2.

¹⁷³ Meddelande från kommissionen till europaparlamentet och rådet – skydd för EU-interna investeringar, COM(2018)547/F1, s. 4.

¹⁷⁴ Jfr också *Vattenfall v Tyskland* p. 162 samt *Pinna*, 2018, s. 20-21.

¹⁷⁵ Bulgarien, Cypern, Estland, Kroatien, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Rumänien, Slovakien, Slovenien, och Tjeckien.

¹⁷⁶ Jfr Paschalidis, 2018, s. 44-45.

¹⁷⁷ C-284/16 *Achmea* p. 57.

¹⁷⁸ Art. 207.1 FEUF och Yttrande 1/15 (EU:C:2016:656) p. 78-109.

skiljenämnd kan tolka och tillämpa avtalet.¹⁷⁹ För att ECT likväl skall vara förenligt med unionsrätten krävs således att unionens autonomi och autonomi hos dess rättsordning iaktas av ECT.¹⁸⁰ Denna fråga är, som konstaterats ovan, inte avgjord av EU-domstolen, varför ett svar här skall skisseras.

EU-domstolen har, bland annat i *Achmea*, konstaterat att själva kärnan av den unionsrättsliga autonomi utgörs av art. 344 FEUF, vari det stadgas att medlemsstaterna ”förbinder sig att inte lösa tvister om tolkningen eller tillämpningen av fördragen på annat sätt än som bestämts genom fördragen”.¹⁸¹ Som ovan visats utsträckte EU-domstolen i *Achmea* tolkningen av art. 344 FEUF till att även gälla tvister om tolkningen eller tillämpningen av fördragen mellan enskilda och medlemsstater, varför art. 26 ECT kan hamna under tillämpningsområdet för art. 344 FEUF, samtidigt som tolkning eller tillämpning av fördragen utsträcktes till att innebära en teoretisk möjlighet att dessa kan beaktas av en skiljenämnd. Art. 26(6) ECT stadgar att en skiljenämnd skall avgöra en tvist genom tillämpning av ECT och tillämpliga folkrättsliga regler och principer. En mängd skilda skiljenämnder har vid avgöranden av tvister under ECT ansett att unionsrätten är en del av folkrättsliga regler och principer, tillämpliga mellan parterna, och därför kan vara relevanta vid avgörandet av en tvist under ECT.¹⁸² Det torde således vara självklart att en skiljenämnd under ECT, vid avgörandet av en tvist mellan en investerare från en medlemsstat i EU och en annan medlemsstat i EU, kan komma att beakta unionsrättsliga akter.¹⁸³ Vidare torde det vara självklart att en skiljenämnd under ECT inte är att anse som en domstol i unionens domstolssystem, då samma bedömning torde göras av själva skiljenämndens kännetecken i *Achmea* som av en skiljenämnd upprättad på basis av art. 26 ECT.¹⁸⁴

Det finns följaktligen inget som hindrar att art. 26 ECT innebär att en skiljenämnd kan komma att avgöra tvister mellan investerare från en medlemsstat och en annan medlemsstat, och vid avgörandet av tvisten beakta unionsrättsliga akter, vilket enligt EU-domstolens praxis i *Achmea* och yttrande 2/13 är oförenligt med art. 344 FEUF.¹⁸⁵ Art. 26 ECT torde således innebära att den behörighetsordning som slagits fast i fördragen och därmed autonomi hos unionens rättsordning undergrävs, varför tvistlösningsmekanismen i art. 26 ECT inte torde vara förenlig med EU-fördragen.¹⁸⁶ Det faktum att ECT är ett blandat avtal där även unionen självt är medlem förändrar i grunden inte denna bedömning, då unionen enbart har befogenhet att ingå internationella avtal där upprättandet av en domstol som tolkar det internationella

¹⁷⁹ Art. 26 ECT.

¹⁸⁰ Jfr C-266/16 *Western Sahara* (EU:C:2018:118) p. 45-46 och däri angiven praxis.

¹⁸¹ C-284/16 *Achmea* p. 32.

¹⁸² Se Paschalidis, 2018, s. 128 not 2 och däri angiven praxis samt *Vattenfall v Tyskland* p. 140-150.

¹⁸³ Jfr C-284/16 *Achmea* p. 40-42.

¹⁸⁴ Jfr C-284/16 *Achmea* p. 46.

¹⁸⁵ jfr Yttrande 2/13 p. 208 ”Själva förekomsten av en sådan möjlighet [tvistlösning mellan medlemsstater i europadomstolen] strider mot kravet i artikel 344 FEUF”.

¹⁸⁶ Jfr C-284/16 *Achmea* p. 57 och däri angiven rättspraxis.

avtalet inte undergräver den unionsrättsliga autonomin, vilket art. 26 ECT gör genom att möjliggöra en tvistlösningsmetod mellan investerare från en medlemsstat och en annan medlemsstat, som inte följer av EU-fördragen.¹⁸⁷ Vissa författare har likväl menat att det finns en möjlighet att ECT:s förenlighet med den unionsrättsliga primärrätten skall bedömas enligt den metod EU-domstolen fastslog i *Mox Plant*, varför denna möjlighet skall undersökas närmare.¹⁸⁸

Mox Plant rörde ett mål mellan Storbritannien och kommissionen å ena sidan och Irland å andra sidan. Tvisten hade sin bakgrund i att Irland väckt talan mot Storbritannien i en internationell skiljenämnd baserad på Förenta Nationernas havsrättskonvention, UNCLOS, vilken likt ECT är en konvention där såväl EU-medlemsstaterna, som unionen själv är medlemmar i. Talan rörde en anläggning för hantering av kärnavfall som Storbritannien godkänt, vilket enligt Irland stred mot Storbritanniens åtaganden enligt UNCLOS-konventionen och vissa EU-rättsliga direktiv.¹⁸⁹ EU-domstolen konstaterade att UNCLOS är ett blandat avtal, varför Irlands hänförande av tvisten till en skiljenämnd skulle strida mot art. 344 FEUF om ”de bestämmelser i avtalet som Irland åberopat vid skiljenämnden i tvisten angående MOX-anläggningen omfattas av gemenskapens behörighet”.¹⁹⁰ En tillämpning av denna formel på ECT skulle innebära att det *in casu* får prövas om EU har utövat sina behörighet för att implementera sina skyldigheter enligt de bestämmelser i ECT varpå en investerare förlitar sig i en tvist. Om så skulle vara fallet skulle skiljeförfarandet strida mot art. 344 FEUF, annars inte.¹⁹¹

Denna komplexa lösning kan vid en första anblick verka attraktiv för att lösa problemet med EU-internt investeringsskydd under ECT, men missar en avgörande skillnad mellan UNCLOS och ECT, som gör att *Mox Plant*-formeln inte är möjlig att tillämpa på ECT. Art. 282 UNCLOS innebär att de tvistlösningsssystem som skapats av FEU och FEUF har företräde framför tvistlösningsystemen i UNCLOS, varför själva tvistlösningsmekanismen i UNCLOS inte påverkar den unionsrättsliga autonomin, då de unionsrättsliga tvistlösningsklausulerna skall användas av medlemsstaterna, varför själva tvistlösningsmekanismen i UNCLOS enligt EU-domstolen är förenlig med art. 344 FEUF.¹⁹² ECT saknar en motsvarande klausul till art. 282 UNCLOS. Istället är, vilket undersökningen ovan visat, själva tvistlösningsmekanismen i art. 26 ECT i sig själv oförenlig med art. 344 FEUF. I *Mox Plant* var det bara själva den konkreta handlingen att inleda och driva ett skiljeförfarande där unionsrätten kunde komma att tolkas och tillämpas som ansågs oförenlig med art. 344 FEUF, inte att möjligheten till detta existerade i UNCLOS, då

¹⁸⁷ Jfr Yttrande 2/13 p. 182-183.

¹⁸⁸ Se exempelvis Paschalidis, 2018, s. 129-138.

¹⁸⁹ Jfr ibid. s. 129.

¹⁹⁰ C-459/03 *Mox Plant* p. 86 och 93. Enligt EU-domstolen i *Mox Plant* krävs det således att unionen faktiskt har utövat sin behörighet i det aktuella fallet.

¹⁹¹ Jfr Paschalidis, 2018, s. 135-138.

¹⁹² Jfr C-459/03 *Mox Plant* p. 124-125.

ett unionsrättsligt tvistlösningsförfarande enligt UNCLOS har företräde.¹⁹³ Eftersom art. 26 ECT i sig, enligt undersökningen ovan, undergräver den unionsrättsliga autonomi, vilket särskiljer den från tvistlösningsmekanismen i UNCLOS, är *Mox Plant*-formeln inte tillämplig, då själva skiljeförfarandemöjligheten i ECT inte är förenlig med unionsrätten.

2.4 Avslutande unionsrättsliga kommentarer

Som framställningen ovan visat innebär *Achmea* att alla tvistlösningsklausuler i EU-interna bilaterala investeringsskyddsavtal är oförenliga med art. 267 & 344 FEUF, samt att denna oförenlighet även bör gälla i vart fall det EU-interna elementet av art. 26 ECT. Den slutsats EU-domstolen nådde i *Achmea* bygger i grunden på värnandet om två grundläggande unionsrättsliga principer, dels principen om ömsesidigt förtroende mellan medlemsstaterna, dels principen om upprätthållandet av den unionsrättsliga autonomi. Särskilt principen om den unionsrättsliga autonomi, är som uppsatsen ovan visat, särskilt viktig för EU-domstolens resonemang, varför denna har bekräftat och utökat dess räckvidd i en mängd fall,¹⁹⁴ däribland *Achmea*.

Slutsatsen i *Achmea* var, som framställningen ovan visat, knappast på förhand given och väcker vissa frågetecken, framförallt vad gäller kommersiella skiljeförfaranden och dess påverkan på den unionsrättsliga autonomi. Slutligen måste det faktum att EU-domstolen själv skapat oförenligheten genom att inte bedöma skiljenämnder som domstolar i en medlemsstat enligt art. 267 FEUF kort kommenteras. Om EU-domstolen följt generaladvokatens förslag till avgörande och ansett skiljenämnder, i vart fall de med säte inom unionen, vara domstolar i en medlemsstat hade en oförenlighet mellan tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringsskyddsavtal och EU-fördragen inte uppstått, varpå en folkrättslig koherens hade uppnåtts, och en potentiell problematik inte existerat. Likväl gjorde EU-domstolen inte en sådan bedömning, varför en potentiell inkoherens kan uppstå, vilket uppsatsen undersöker ytterligare i det följande.

¹⁹³ C-459/03 *Mox Plant* p. 154 där EU-domstolen konstaterar ”Att inleda och driva ett förfarande vid skiljenämnden under de omständigheter som framgår av punkterna 146–150 i förevarande dom medför en uppenbar risk för att den behörighetsordning som slagits fast i fördragen, och därmed autonomi hos gemenskapens rättsordning, undergrävs”.

¹⁹⁴ Se not 113.

3 Ett folkrättsligt perspektiv på EU-interna investeringsskyddsavtal

3.1 Skiljenämndspraxis avseende EU-interna investeringsskyddsavtal

Efter det ovanstående avsnittets perspektiv på EU-interna investeringsskyddsavtal skall uppsatsen i det följande försöka fastställa vilken status unionsrätten har i en skiljenämnds, baserat på en tvistlösningsklausul i ett bi- eller multilateralt investeringsskyddsavtal, tillämpning av investeringsskyddsavtalet. En sådan undersökning är nödvändig för att undersöka konsekvenserna av en oförenlighet mellan unionsrätten och tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringsskyddsavtal samt art. 26 ECT. Undersökningen måste i min mening ta sin utgångspunkt i en redogörelse för vilken status unionsrätten ansetts ha i tidigare skiljenämndspraxis som behandlar tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringsskyddstvister. Således skall tidigare skiljenämndspraxis redogöras för och analyseras, varefter en självständig diskussion av unionsrättens betydelse för skiljenämnders fastställande av sin behörighet att avgöra en tvist skall föras. Denna framställning kommer därmed främst behandla behörighetsfrågor gällande skiljenämnder baserade på EU-interna investeringsskyddsavtal, snarare än materiella investeringsskyddsfrågor, i den mån dessa inte är nödvändiga för att fullt diskutera behörighetsfrågorna. Det är särskilt viktigt att här påminna om att samtliga skiljedomar dels inte är offentligt tillgängliga, dels inte finns tillgängliga på ett språk uppsatsförfattaren behärskar, varför redogörelsen omöjligt kan vara heltäckande.¹⁹⁵ Skiljenämndspraxisen skall i det följande redogöras för i fyra avsnitt, dels rörande skiljeföfaranden baserade på bilaterala investeringsskyddsavtal före *Achmea*, dels skiljeföfaranden baserade på ECT före *Achmea*, dels skiljeföfaranden baserade på investeringsskyddsavtal efter *Achmea*, och slutligen skiljeföfaranden baserade på ECT efter *Achmea*.

3.1.1 Skiljeföfaranden baserade på bilaterala investeringsskyddsavtal före Achmea

Eastern Sugar v Tjeckien – 2007

Eastern Sugar rörde ett nederländskt bolag som hade gjort vissa investeringar i Tjeckien och senare stämde Tjeckien inför en skiljenämnd, med säte i Paris, baserad på det bilaterala investeringsskyddsavtalet mellan Tjeckien och Nederländerna under UNCITRAL-reglerna, för Tjeckiens agerande gällande viss normbildning på sockerproduktionsområdet.¹⁹⁶ Tjeckien lyfte i förfarandet fram en invändning mot

¹⁹⁵ Exempelvis exkluderas *Binder v Tjeckien*, då skiljenämndens resonemang i förhållande till unionsrätten är för specifikt angränsande till det där gällande investeringsskyddsavtalet för att vara av intresse i denna mer generella framställning, jfr p. 59-67 i skiljedomen. Särskilt saknas vidare *Isolux v Spanien*, som enbart finns tillgänglig på spanska, *PV Investors v Spanien*, vilken inte är offentligt tillgänglig, samt *EDF International v Ungern*, vilken inte heller är offentligt tillgänglig.

¹⁹⁶ *Eastern Sugar v Tjeckien*, p. 5-12.

skiljenämndens behörighet att avgöra tvisten, innebärandes att investeringsskyddsavtalet mellan Tjeckien och Nederländerna blivit ersatt av EU-fördragen enligt art. 59 Wienkonventionen, i och med Tjeckiens inträde i EU, varför investeringsskyddsavtalet inte längre skulle gälla.¹⁹⁷ Art. 59 Wienkonventionen innebär att ett traktat skall anses frånträtt om alla parter sluter ett senare traktat ”relating to the same subject-matter” och det verkar som om parterna avsåg att *subject-matter* för traktatet skulle regleras av det senare traktat, eller att bestämmelserna i det senare traktat är så oförenliga med det förra att båda traktaten inte samtidigt kan tillämpas. Tjeckien menade då att EU-fördragen reglerar samma *subject-matter* som investeringsskyddsavtalet och att det var ländernas avsikt att detta skulle regleras av EU-fördragen, varför art. 59(2)(a) Wienkonventionen skulle vara tillämplig.¹⁹⁸ Därutöver menade Tjeckien att även art. 59(2)(b) Wienkonventionen skulle vara tillämplig genom att diskrimineringsförbudet och principen om ömsesidigt förtroende i EU-fördragen var inkompatibla med möjligheten till tvistlösning enligt investeringsskyddsavtalet.¹⁹⁹

Skiljenämnden konstaterade först att den enligt *kompetenz-kompetenz*-principen²⁰⁰ skulle bedöma sin egen behörighet att avgöra en tvist, därefter att ingenting i EU-fördragen eller Tjeckiens anslutningsfördrag uttryckligen berörde investeringsskyddsavtal.²⁰¹ Skiljenämnden konstaterade att Wienkonventionen skulle användas för att bedöma investeringsskyddsavtalets giltighet,²⁰² varefter skiljenämnden menade att investeringsskyddsavtalet och EU-fördragen inte hade samma *subject-matter* för sin reglering, främst genom möjligheten till tvistlösning inför en oberoende skiljenämnd som förekom i investeringsskyddsavtalet, men inte i EU-fördragen.²⁰³ Därefter menade skiljenämnden att Tjeckien inte hade bevisat Tjeckiens och Nederländernas gemensamma avsikt att EU-fördraget skulle ersätta investeringsskyddsavtalet,²⁰⁴ varefter skiljenämnden lyfte fram att EU-fördragen och investeringsskyddsavtalet inte var inkompatibla.²⁰⁵ Skiljenämnden kom därmed till slutsatsen att investeringsskyddsavtalet fortsatt var gällande mellan Nederländerna och Tjeckien, att EU-fördragen inte ersatt detta, samt att skiljenämnden därmed hade behörighet att avgöra tvisten.²⁰⁶

Eureka v Slovakien - 2010

Eureka är den underliggande skiljenämndsprocessen till *Achmea*-domen, varför omständigheterna redan redogjorts för ovan. Slovakien gjorde invändningar mot

¹⁹⁷ Ibid. p. 94.

¹⁹⁸ Ibid. p. 101-102.

¹⁹⁹ Ibid. p. 103-110.

²⁰⁰ Alltså att en skiljenämnd har behörighet att pröva sin egen behörighet att avgöra en tvist, jfr 2§ 1 st. LSF och Hobér, 2011, s. 186.

²⁰¹ *Eastern Sugar v Tjeckien* p. 143.

²⁰² Ibid. p. 156.

²⁰³ Ibid. p. 159-166 och p. 180.

²⁰⁴ Ibid. p. 167.

²⁰⁵ Ibid. p. 168.

²⁰⁶ Ibid. p. 181.

skiljenämndens behörighet att avgöra tvisten, baserat dels på samma grund som Tjeckien i *Eastern Sugar*, att art. 59 Wienkonventionen gjort att EU-fördragen ersatt investeringsskyddsavtalet, dels att art. 30 Wienkonventionen innebär att tvistlösningsklausulen i investeringsskyddsavtalet inte var tillämplig, dels att skiljenämnden saknar behörighet att avgöra tvisten eftersom tvistlösningsklausulen är oförenlig med unionsrätten, och unionsrätten är tillämplig på tvisten, samt slutligen att saken inte var möjlig att avgöra inför skiljenämnd enligt den tyska *lex loci arbitri*.²⁰⁷

Skiljenämnden konstaterade inledningsvis att grunden för att avgöra dess behörighet att avgöra tvisten är investeringsskyddsavtalet och internationell rätt, inkluderandes unionsrätt.²⁰⁸ Därefter förkastade skiljenämnden invändningen rörande art. 59 Wienkonventionen, genom att konstatera att EU-fördragen inte helt och hållet reglerar samma *subject-matter* som investeringsskyddsavtalet, samtidigt som det inte bevisats att parterna avsett att ersätta investeringsskyddsavtalet med EU-fördragen.²⁰⁹ Som tredje skäl till varför art. 59 Wienkonventionen inte skulle vara tillämplig anförde skiljenämnden samma grund som den i *Eastern Sugar*, det vill säga att själva möjligheten till tvistlösning inför en skiljenämnd i investeringsskyddsavtalet är en rättighet som inte återfinns i EU-fördragen, varför dessa inte kan ersätta investeringsskyddet i ett sådant avtal enligt art. 59 Wienkonventionen.²¹⁰ Vad gäller den andra invändningen, rörande art. 30(3) Wienkonventionen konstaterade skiljenämnden att den främst gäller den materiella bedömningen av tvisten, och inte behörighetsfrågor.²¹¹ Skiljenämnden lämnade dock en möjlighet för att art. 30(3) Wienkonventionen skulle kunna innebära att skiljenämnden inte har behörighet att avgöra tvisten om själva unionsrätten innebär att tvistlösningsklausulen i investeringsskyddsavtalet i sig är oförenlig med EU-fördragen.²¹² Skiljenämnden konstaterade därefter att unionsrätten vid tidpunkten för skiljeförfarandet inte innebär att själva tvistlösningsklausulen var oförenlig med unionsrätten.²¹³ Slutligen innebar detta enligt skiljenämnden att själva tvistlösningsklausulen inte är oförenlig med unionsrätten, varför de två sista invändningarna inte bifölls och skiljenämnden bedömde sig ha behörighet att avgöra tvisten.²¹⁴

Oostergetel v Slovakien - 2010

²⁰⁷ *Eureko v Slovakien*, award on jurisdiction, p. 59.

²⁰⁸ *Ibid.* p. 228. Jfr också p. 288-290.

²⁰⁹ *Ibid.* p. 244-263.

²¹⁰ *Ibid.* p. 264.

²¹¹ *Ibid.* p. 272.

²¹² *Ibid.* p. 273.

²¹³ *Ibid.* p. 274-277. Skiljenämnden skriver själva: "Far from being precluded from considering and applying EU law the Tribunal is bound to apply it to the extent that it is part of the applicable law(s), whether under BIT Article 8, German law or otherwise. The argument that the ECJ has an "interpretative monopoly" and that the Tribunal therefore cannot consider and apply EU law, is incorrect. The ECJ has no such monopoly". *Eureko v Slovakien* p. 281-282. Detta resonemang får efter *Achmea*, sägas ha underkänts av EU-domstolen.

²¹⁴ *Ibid.* p. 278-293.

Målet rörde två nederländska medborgare som gjort investeringar i ett slovakiskt företag, vilket försattes i konkurs, varpå de nederländska medborgarna stämde Slovakien för dess hantering av konkursprocessen inför en skiljenämnd med säte i Geneve under UNCITRAL-reglerna baserat på investeringsskyddsavtalet mellan Nederländerna och Slovakien. Slovakien invände mot skiljenämndens behörighet att avgöra tvisten genom att hävda dels att någon giltig skiljedomsöverenskommelse inte existerade genom investeringsskyddsavtalets påstådda oförenlighet med unionsrätten,²¹⁵ dels en mängd rent investeringsskyddsrettsliga invändningar, vilka inte kommer att diskuteras här.

Slovakien anförde samma grunder för sin ståndpunkt som i *Eureko* ovan, det vill säga att art. 59 Wienkonventionen innebar att EU-fördragen ersatt investeringsskyddsavtalet och att art. 30(3) Wienkonventionen innebar att tvistlösningsklausulen i investeringsskyddsavtalet inte var tillämplig på fallet.²¹⁶ Skiljenämnden konstaterade först att investeringsskyddsavtalet och EU-fördragen inte rörde samma *subject-matter* och att EU-fördragen i vilket fall som helst inte innehöll den, enligt skiljenämnden, viktigaste investeringsskyddsklausulen, själva tvistlösningsmöjligheten inför en internationell skiljenämnd, varför art. 59 Wienkonventionen inte aktualiserades i målet.²¹⁷ Skiljenämnden hänvisade också till *Eastern Sugar*, och gjorde i princip samma bedömning med samma resonemang som skiljenämnden i det fallet. Vad gäller art. 30(3) Wienkonventionen bedömde skiljenämnden att investeringsskyddsavtalet och EU-fördragen inte rörde samma *subject-matter*, varför art. 30(3) inte aktualiserades, då de enligt skiljenämnden ”cannot be considered successive treaties pursuant to Article 30”.²¹⁸ Skiljenämnden bedömde således att unionsrätten inte utgjorde något hinder för dess behörighet att avgöra tvisten.²¹⁹

EURAM v Slovakien - 2012

Målet rörde ett österrikiskt bolag som gjort vissa investeringar i ett slovakiskt försäkringsbolag och som stämde Slovakien inför en skiljenämnd med säte i Stockholm under UNCITRAL:s regler, på samma grunder som *Eureko/Achmea* i målet ovan. Slovakien invände mot skiljenämndens behörighet att avgöra tvisten på samma grunder som i *Eureko/Achmea*-målet.²²⁰

Skiljenämnden bedömde, med hänsyn till *Eastern Sugar*, först att EU-fördragen är folkrättsliga traktat och att dess relation med investeringsskyddsavtalen skall bedömas med utgångspunkt i Wienkonventionen.²²¹ Skiljenämnden bedömde sedan, om än på olika grunder än *Eastern Sugar* och *Eureko*, att art. 59 inte var tillämplig på

²¹⁵ *Oostergetel v Slovakien* p. 41.

²¹⁶ *Ibid.* p. 65-68.

²¹⁷ *Ibid.* p. 74-98.

²¹⁸ *Ibid.* p. 104.

²¹⁹ *Ibid.* p. 109.

²²⁰ *EURAM v Slovakien* p. 55-59.

²²¹ *Ibid.* p. 73-75.

målet, då investeringsskyddsavtalet mellan Slovakien och Österrike inte reglerade samma *subject-matter* som EU-fördragen.²²² Skiljenämnden undersökte därefter om tvistlösningsklausulen i investeringsskyddsavtalet var inkompatibel med nuvarande art. 344 FEUF och art. 18 FEUF. Vad gäller art. 344 FEUF gjorde skiljenämnden samma analys som den i *Eureka*, och menade att det inte förelåg någon unionsrättslig inkompatibilitet mellan art. 344 FEUF och tvistlösningsklausulen i investeringsskyddsavtalet, vilket medförde att det inte heller kunde föreligga någon inkompatibilitet enligt art. 30(3) Wienkonventionen, varför denna inte kunde tillämpas på målet.²²³ Vad gäller art. 18 FEUF gjorde skiljenämnden en analogi mellan investeringsskyddsavtal och skatteavtal mellan medlemsstaterna, och menade att någon inkompatibilitet med tvistlösningsklausulen i investeringsskyddsavtalet inte förelåg vad avsåg diskrimineringsförbudet i art. 18 FEUF.²²⁴ Skiljenämnden kom därmed till slutsatsen att någon inkompatibilitet mellan unionsrätten och tvistlösningsklausulen i investeringsskyddsavtalet inte förelåg, varför art. 30(3) Wienkonventionen inte var tillämplig på tvisten.²²⁵

Micula v Rumänien - 2013

Målet rörde två svenska medborgare som investerat i en rumänsk fabrik och därmed erhållit visst statsstöd från den rumänska regeringen, vilket avslutades inför Rumäniens EU-medlemsskap, varpå de två svenska medborgarna stämde Rumänien inför en skiljenämnd under ICSID baserad på ett svensk-rumänskt investeringsskyddsavtal. Rumänien invände inte mot skiljenämndens behörighet att avgöra tvisten, utan lyfte endast att investeringsskyddsavtalet skulle tolkas harmoniserat med unionsrätten enligt art. 31(3)(c) Wienkonventionen;²²⁶ i händelse av en normkonflikt skulle unionsrätten ha företräde då parterna till investeringsskyddsavtalet, enligt Rumänien, avsåg att ett sådant unionsrättsligt företräde skulle vara aktuellt.²²⁷ Vidare ansåg Rumänien att en eventuell skiljedom skulle strida mot EU:s statsstödsregler, varför ett framtida verkställande av skiljedomen skulle strida mot unionsrätten.²²⁸

Enligt skiljenämnden förelåg ingen konflikt mellan investeringsskyddsavtalet och unionsrätten, då Rumänien inte var medlem i EU vid tidpunkten för avslutandet av statsstödet och därmed inte bunden av unionsrätten, varför man inte närmare diskuterade en eventuell hierarkisk ordning mellan unionsrätten och

²²² Ibid. p. 171, 179-182 och 236. Skiljenämnden skriver att: "The Tribunal, after thorough analysis, has come to the conclusion that the two treaties do not have the same overall subject matter. When asking "with what issues do the rules of the two treaties deal?" it is evident that the treaties do not deal with the same issues. The ECT deals with the creation of an internal market, the BIT with the fostering of international flows of investment by protecting the rights of the investors". p. 178.

²²³ Ibid. p. 248-257.

²²⁴ Ibid. p. 277-278.

²²⁵ Ibid. p. 279-280. Även detta resonemang härleds till samma grunder som i *Eureka* och får därför efter EU-domstolens *Achmea*-dom sägas ha underkänts, vilket uppsatsen återkommer till.

²²⁶ *Micula v Rumänien*, award, p. 305-308.

²²⁷ Ibid. p. 309-312.

²²⁸ Ibid. p. 331-333.

investeringskyddsavtalet.²²⁹ Vad gäller den andra invändningen rörande den framtida verkställigheten av en eventuell skiljedom menade skiljenämnden att det skulle vara olämpligt av skiljenämnden att ta hänsyn till en eventuell verkställighets oförenlighet med unionsrätten, varför man lämnade invändningen utan hänsyn.²³⁰

*A11Y v Tjeckien*²³¹ - 2017

Målet rörde ett brittiskt bolag som gjort investeringar i Tjeckien och stämt Tjeckien inför en skiljenämnd under UNCITRAL:s regler med säte i Paris, baserat på investeringskyddsavtalet mellan Storbritannien och Tjeckien. Tjeckien invände mot skiljenämndens behörighet att avgöra tvisten med samma argument som i *Eastern Sugar*, det vill säga att EU-fördragen i första hand hade ersatt investeringskyddsavtalet enligt art. 59 Wienkonventionen och att investeringskyddsavtalet i andra hand skulle tolkas enligt art. 30(3), varvid tvistlösningsklausulen i investeringskyddsavtalet skulle anses vara oförenlig med art. 344 FEUF och därmed inte tillämpas.²³² Skiljenämnden inledde med att konstatera att skiljeskiljenämnder tidigare har framhållit att någon oförenlighet mellan tvistlösningsklausulerna i investeringskyddsavtal och unionsrätten inte förelegat och hänvisade till tidigare skiljeskiljenämnders slutsatser och menade att Tjeckiens invändningar saknade grund.²³³

PL Holdings v Polen - 2017

Målet rörde ett luxemburgskt bolag som gjort investeringar i Polen och stämt Polen inför en skiljenämnd under Stockholms handelskammars regler med säte i Stockholm, baserat på investeringskyddsavtalet mellan Luxemburg och Polen. Polen gjorde invändningar mot skiljenämndens behörighet att avgöra tvisten, innebärandes att EU-fördragen i första hand hade ersatt investeringskyddsavtalet enligt art. 59 Wienkonventionen och att investeringskyddsavtalet i andra hand skulle tolkas enligt art. 30(3) Wienkonventionen, varvid tvistlösningsklausulen i investeringskyddsavtalet skulle anses vara oförenlig med art. 344 FEUF och därmed inte tillämpas.²³⁴ Skiljenämnden inledde med att likt skiljenämnden i *RREEF* hävda att investeringskyddsavtalet utgjorde grunden för skiljenämndens behörighet att avgöra tvisten,²³⁵ att art. 30 och 59 Wienkonventionen inte var tillämpliga på målet, då EU-fördragen och investeringskyddsavtalet inte reglerar samma *subject-matter*,²³⁶

²²⁹ Ibid. p. 319-329.

²³⁰ Ibid. p. 340-341.

²³¹ Även skiljedomarna i *WNC factoring v Tjeckien*, *Anglia v Tjeckien* och *I.P. Busta v Tjeckien* bygger på i stort sett samma omständigheter och resonemang som denna skiljedomsprocess, varför de inte redogörs för separat.

²³² *A11Y Ltd. v Tjeckien*, p. 152-163.

²³³ Ibid. p. 172-178.

²³⁴ *PL Holdings* p. 301-304.

²³⁵ Ibid. p. 309.

²³⁶ Ibid. p. 311-313. Skiljenämnden kommer till denna slutsats efter att ha funnit att unionsrätten inte innehåller någon motsvarighet till stadgandet om fair and equitable treatment i investeringskyddsavtalet, vilket i kombination med avsaknaden av möjlighet till skiljenämndsprocesser, enligt skiljenämnden innebär att: "the subject-matter of the BIT and the

att art. 344 FEUF inte var oförenlig med tvistlösningsklausulen i investeringsskyddsavtalet och att skiljenämnden därmed inte på den grunden inte skulle anses ha behörighet att avgöra tvisten.²³⁷

JSW Solar v Tjeckien - 2017

Målet rörde ett tre tyska privatpersoner som genom ett tyskt företag gjort vissa investeringar i den tjeckiska energisektorn och stämt Tjeckien inför en skiljenämnd med säte i Geneve, baserad på ett investeringsskyddsavtal mellan Tyskland och Tjeckien. I fallet invände inte Tjeckien mot skiljenämndens behörighet att avgöra tvisten, istället gjorde EU-kommissionen det genom en *amicus curiae*, där kommissionen invände mot skiljenämndens behörighet att avgöra tvisten baserat på art. 30 och 59 Wienkonventionen och att tvistlösningsklausulen i investeringsskyddsavtalet inte kunde tillämpas på grund av art. 351 FEUF.²³⁸

Skiljenämnden kom, likt tidigare skiljeskiljenämnder, till slutsatsen att investeringsskyddsavtalet och EU-fördragen inte reglerar samma *subject-matter*, främst då EU-fördragen saknar regler om *fair and equitable treatment* och en möjlighet för en investerare att stämma en stat direkt inför en skiljenämnd, varför art. 59 Wienkonventionen inte var tillämplig på målet.²³⁹ Skiljenämnden konstaterade sedan att art. 351 FEUF inte var tillämpliga på fallet, då art. 351 bara berör relationen mellan en medlemsstat i EU och en icke-medlemsstat i EU och därmed inte kunde tillämpas på ett EU-internt förhållande.²⁴⁰ Därefter berörde skiljenämnden art. 344 FEUF och menade att den inte var oförenlig med tvistlösningsklausulen i investeringsskyddsavtalet, varför art. 30(3) Wienkonventionen inte var tillämplig på målet, och skiljenämnden bedömde sig ha behörighet att avgöra tvisten.²⁴¹

3.1.2 Skiljeförfaranden baserade på ECT före Achmea

AES v Ungern - 2010

Målet rörde ett brittiskt företag som gjort vissa investeringar i den ungerska energisektorn, vilka påverkades av vissa prisregleringar Ungerns regering genomfört, varpå det brittiska företaget stämde Ungern inför en skiljenämnd under ICSID baserat på ECT.²⁴² Ungern lyfte inte eventuella unionsrättsliga hinder för skiljenämndens behörighet att avgöra tvisten, utan snarare menade man att ECT var tvunget att tolkas i harmoni med unionsrätten.²⁴³ Skiljenämnden menade att ECT var den juridiska grunden för tvisten, varför Ungerns agerande skulle bedömas utifrån

subject-matter of EU law, insofar as it protects investors from one Member State in the territory of another, are by no means congruent”, p. 312.

²³⁷ Ibid. p. 314-316.

²³⁸ JSW Solar v Tjeckien p. 241.

²³⁹ Ibid. p. 253.

²⁴⁰ Ibid. p. 255-256.

²⁴¹ Ibid. p. 257-258 & 260-261.

²⁴² AES v Ungern p. 4-5.

²⁴³ Ibid. p. 7.2.

ECT. I det fall Ungerns agerande var nödvändigt med hänsyn till unionsrätten skulle detta anses vara ett *matter of fact* rörande bakgrunden till Ungerns agerande, men inte utgöra ett självständigt tillämpligt rättsligt ramverk.²⁴⁴ Unionsrätten skulle således ses som ett *matter of fact* i tvisten.

Electrabel v Ungern - 2012

Målet rörde ett belgiskt bolag som gjort vissa investeringar i den ungerska energisektorn, vilka påverkades av samma prisregleringar som i *AES*-målet, varpå det belgiska bolaget stämde Ungern inför en ICSID-skiljenämnd, baserat på ECT. Skiljenämnden menade först att ECT-processer inte är att anse som EU-interna processer, vilket särskilde processen från bland annat *Eastern Sugar*, *Oostergetel* och *Eureko*.²⁴⁵ Ungern menade att unionsrätten utgjorde internationell rätt mellan parterna, varför unionsrätten var tillämplig rätt på förhållandet enligt art. 26(6) ECT, samt att ECT skulle tolkas och tillämpas i harmoni med unionsrätten.²⁴⁶

Skiljenämnden menade först att unionsrätten även är internationell rätt, och därmed tillämplig på processen, samtidigt som unionsrätten enligt skiljenämnden utgör ett *matter of fact*, likt skiljenämnden i *AES* menade.²⁴⁷ Därefter landade skiljenämnden i slutsatsen att ECT skall tolkas harmoniserat med unionsrätten,²⁴⁸ varefter skiljenämnden menade att det kan presumeras att traktat som EU självt är medlem till inte står i konflikt med unionsrätten.²⁴⁹ Skiljenämnden konstaterade sedan att denna presumtion inte bröts i förhållande till ECT, då de menade att art. 344 FEUF inte förhindrade skiljenämndsprocesser baserade på investeringsskyddsavtal, likt ECT.²⁵⁰ Även om skiljenämnden således konstaterade att det enligt deras uppfattning inte förelåg någon inkompatibilitet mellan unionsrätten och ECT, diskuterade den i ett omfångsrikt *obiter dictum* en möjlig hierarkisk ordning mellan ECT och unionsrätten, där skiljenämnden kom till slutsatsen att unionsrätten, i relation till EU-interna tvister, skulle anses vara överordnad ECT enligt såväl art. 351 FEUF som art. 30 Wienkonventionen.²⁵¹

Charanne v Spanien - 2016

Målet rörde ett nederländskt och ett luxemburgskt företag, vilka gjort investeringar i spansk solenergi, som till följd av vissa spanska regleringsåtgärder åsamkats förluster, varpå företagen stämde Spanien inför en skiljenämnd under UNCITRAL:s regler, med säte i Madrid, baserat på ECT. Spanien invände mot skiljenämndens behörighet att avgöra tvisten dels på grunden att tvisten var en EU-intern tvist, vilken art. 26 ECT inte var tillämplig på, då samtliga parter var hemmahörande i EU, dels på

²⁴⁴ Ibid. p. 7.6.9 och 7.6.12.

²⁴⁵ *Electrabel v Ungern* p. 4.11-4.15.

²⁴⁶ Ibid. p. 4.64-4.77.

²⁴⁷ Ibid. p. 4.120-4.124 och 4.127.

²⁴⁸ Ibid. p. 4.133.

²⁴⁹ Ibid. p. 4.136.

²⁵⁰ Ibid. p. 4.146-4.157 och 4.166.

²⁵¹ Ibid. p. 4.178-4.191.

grunden att ECT skulle innehålla en speciell *disconnection clause*, art. 16 ECT, för EU-interna tvister och slutligen att art. 344 FEUF omöjliggör för medlemsstaterna att hänföra EU-interna tvister till skiljeskiljenämnder baserade på investeringskyddsavtal.²⁵²

Skiljenämnden bemötte den första invändningen genom att konstatera att såväl Nederländerna, Luxemburg, Spanien, som EU är kontraktsparter till ECT, investerarna är investerare i en kontraktsstat som gjort investeringar i en annan kontraktsstat, varför art. 26 ECT aktualiserades.²⁵³ Vad gäller den andra invändningen menade skiljenämnden att det inte förelåg någon inkompatibilitet mellan unionsrätten och ECT, varför frågan om en speciell *disconnection clause* inte behövde behandlas.²⁵⁴ Vad gäller den tredje invändningen menade skiljenämnden först att art. 344 enbart gällde mellan medlemsstater, inte medlemsstater och privaträttsliga subjekt,²⁵⁵ varför den enligt skiljenämnden inte var tillämplig på art. 26 ECT och skiljenämnden därmed hade behörighet att avgöra tvisten.²⁵⁶

RREEF v Spanien - 2016

Målet rörde ett luxemburgskt bolag som gjort investeringar i spansk solenergi, som till följd av vissa spanska regleringsåtgärder åsamkats förluster, varpå företaget stämde Spanien inför en skiljenämnd under ICSID, baserad på ECT. Spanien invände mot skiljenämndens behörighet att avgöra tvisten på grund av att ECT inte skulle vara tillämplig på EU-interna tvister enligt samma resonemang som i *Charenne v Spanien* ovan.²⁵⁷

Skiljenämnden konstaterade att unionsrätten utgör en del av det folkrättsliga systemet,²⁵⁸ men att ECT utgör fundamentet för skiljenämndens behörighet att avgöra tvisten, varför ECT skall anses överordnat unionsrätten i händelse av en normkonflikt, även om ECT i så hög utsträckning som möjligt skall tolkas harmoniserat med unionsrätten.²⁵⁹ Skiljenämnden menade sedan, med hänvisning till tidigare skiljenämndsavgöranden, att det inte förelåg någon oförenlighet mellan art. 344 FEUF och art. 26 ECT, och att någon speciell harmoniserad tolkning eller normkonfliktshantering inte behövde utföras.²⁶⁰

Blusun v Italien - 2016

²⁵² Charenne v Spanien p. 426.

²⁵³ Ibid. p. 432.

²⁵⁴ Ibid. p. 439.

²⁵⁵ Ibid. p. 441.

²⁵⁶ Ibid. p. 445, där skiljenämnden även hänvisar till slutsatsen i *Electrabel v Ungern*. Se också *Charenne v Spanien* p. 450.

²⁵⁷ *RREEF v Spanien*, p. 37-55.

²⁵⁸ Ibid. p. 73.

²⁵⁹ Ibid. p. 75-77.

²⁶⁰ Ibid. p. 78-87 och 89.

Målet rörde ett belgiskt bolag som gjort en investering i den italienska energisektorn, vilken drabbats av vissa åtgärder av den italienska staten, varpå den belgiska investeraren stämde Italien inför en skiljenämnd under ICSID baserat på ECT. Italien anförde att unionsrätten är internationell rätt som skiljenämnden skulle ta hänsyn till genom art. 26(6) ECT,²⁶¹ att unionen och medlemsstaterna inte avsåg att ECT skulle tillämpas i EU-interna tvister, varför investerarna inte skulle vara att anse som investerare från en annan part.²⁶² Italien anförde därefter att ECT och EU-fördragen berör samma *subject-matter*, varför art. 30 Wienkonventionen och art. 16 ECT skulle innebära att det unionsrättsliga investeringsskyddet är mer förmånligt för investerare och därmed skulle tillämpas.²⁶³

Likt i skiljedomarna ovan menade även denna skiljenämnd att ECT var tillämpligt på EU-interna tvister, på i stort sett samma grunder.²⁶⁴ Skiljenämnden menade också att art. 344 FEUF inte innebar ett hinder för skiljedomsprocesser baserade på investeringsskyddsavtal, då art. 344 FEUF enligt skiljenämnden enbart var tillämplig på tvister mellan medlemsstater. Även om en sådan oförenlighet skulle föreligga menade skiljenämnden att art. 26 ECT skulle äga företräde framför art. 344 FEUF, med hänsyn till dess status som *lex posterior*.²⁶⁵

*Eiser v Spanien*²⁶⁶ - 2017

Målet rörde ett brittiskt och ett luxemburgskt företag, vilka gjort investeringar i spansk solenergi, som till följd av vissa spanska regleringsåtgärder åsamkats förluster, varpå företagen stämde Spanien inför en skiljenämnd under ICSID, baserat på ECT. Spanien anförde i stort samma argumentation som i *Charanne* och *RREEF* ovan.²⁶⁷ Skiljenämnden utgick från art. 26 ECT, tolkade denna efter dess vanliga ordalydelse och innebörd och menade att denna innebar att de brittiska och luxemburgska företagen var att anse som investerare som hade tillgång till tvistlösningsmekanismen i art. 26 ECT och att ett undantag för EU-interna tvister hade behövt vara uttryckligt stadgat i ECT för att gälla.²⁶⁸ Skiljenämnden behandlade därefter art. 26(6) ECT, som Spanien menade skulle innebära att art. 344 FEUF skulle tillämpas på tvisten och därigenom förhindra skiljenämndens behörighet att avgöra tvisten genom själva tvistlösningsmekanismens oförenlighet med art. 344 FEUF.²⁶⁹ Skiljenämnden menade, med hänvisning till *Charanne*, att någon oförenlighet mellan art. 26 ECT och art. 344 FEUF inte förelåg och att art. 16(2) ECT i vilket fall innebar att tvistlösningsmekanismen i art. 26 ECT i vilket fall inte skulle påverkas av

²⁶¹ Blusun v Italien, p. 233.

²⁶² Ibid. p. 242-243.

²⁶³ Ibid. p. 247.

²⁶⁴ Ibid. p. 280-284.

²⁶⁵ Ibid. p. 290.

²⁶⁶ Se också *Novenergia v Spanien* för nästan identiska omständigheter och resonemang.

²⁶⁷ *Eiser v Spanien* p. 160-167.

²⁶⁸ Ibid. p. 182-194.

²⁶⁹ Ibid. p. 197.

unionsrätten och fann, på samma grunder som i *Charanne* att skiljenämnden hade behörighet att avgöra tvisten.²⁷⁰

3.1.3 Skiljeförfaranden baserade på bilaterala investeringskyddsavtal efter Achmea

*Gavrilovic v Kroatien*²⁷¹ - 2018

Målet rörde en österrikisk medborgare som gjort vissa investeringar i Kroatien och stämt Kroatien inför en skiljenämnd under ICSID, baserad på investeringskyddsavtalet mellan Österrike och Kroatien. Kroatien invände mot skiljenämndens behörighet att avgöra tvisten efter EU-domstolens dom i *Achmea*, vilket var mer långt mer än fem år efter begäran om skiljedomsprocess inkommit till ICSID-sekretariatet,²⁷² varför skiljenämnden bedömde att invändningen inkommit för sent, och därmed inte biföll den.²⁷³

*Marfin v Cypern*²⁷⁴ - 2018

Målet rörde ett antal grekiska medborgare och ett grekiskt företag som gjort vissa investeringar i en av Cyperns största banker och till följd av den bankens konkurs stämt Cypern inför en skiljenämnd under ICSID, baserad på investeringskyddsavtalet mellan Grekland och Cypern. Då Greklands exakta invändningar mot skiljenämndens behörighet att avgöra tvisten inte framgår av den version av skiljedomen som är allmänt tillgänglig kan dessa inte redogöras för här, istället redogör uppsatsen endast för skiljenämndens analys och ställningstaganden.

Skiljenämnden konstaterar inledningsvis att investeringskyddsavtalet och internationell sedvanerätt utgör grunden för skiljenämndens behörighet att avgöra tvisten och att unionsrätten således inte är strikt bindande för skiljenämnden.²⁷⁵ Därefter analyserade den om EU-fördragen har ersatt antingen investeringskyddsavtalet eller dess tvistlösningsklausulen enligt art. 30(3) eller 59 Wienkonventionen, vilka skiljenämnden dock menade inte var tillämpliga på målet.²⁷⁶ Denna bedömning grundade sig i ett resonemang där skiljenämnden, likt tidigare

²⁷⁰ Ibid. p. 199-205.

²⁷¹ Jfr också *Antaris v Tjeckien* p. 73, där en skiljenämnd också avvisade en behörighetsinvändning baserad på *Achmea* på processuella grunder.

²⁷² *Gavrilovic v Kroatien* p. 45.

²⁷³ Ibid. p. 48.

²⁷⁴ Det bör här noteras att den version av skiljedomen som jag har funnit tillgänglig till stora delar har varit dold, vilket har försvårat beskrivningen och analysen av den. Hela skiljenämndens analys vad gäller invändningarna mot skiljenämndens behörighet att avgöra tvisten baserat på unionsrättsliga skäl, framförallt vad gäller *Achmea*, har dock varit tillgänglig, varför det faktum att stora delar av skiljedomen varit dold inte bör påverka allt för menligt på uppsatsen. Dock har parternas argumentation och exakta yrkanden varit dolda, vilket självklart innebär en brist för uppsatsens beskrivning av skiljedomen. Dess nyhetsvärde och behandling av ämnet gör det dock intressant att trots allt inkludera den i uppsatsen.

²⁷⁵ *Marfin v Cypern* p. 580.

²⁷⁶ Ibid. p. 582-584.

skiljeskiljenämnder, menade att investeringsskyddsavtalet och EU-fördragen inte reglerar samma *subject-matter*.²⁷⁷ Enligt skiljenämnden krävdes det mer än att två traktat kan tillämpas på samma faktiska omständigheter eller ha samma syfte och mål för att dessa skall anses reglera samma *subject-matter*, varför skiljenämnden hänvisar till *EURAM* och skriver att ”the subject-matter of a treaty refers to the issues with which its constituent provisions deal, its topic or substance”.²⁷⁸ Skiljenämnden menar att EU-fördragen och investeringsskyddsavtal inte har samma syfte och mål, att investeringsskyddet i EU-fördragen är av en annan och svagare typ än under investeringsskyddsavtal genom att EU-fördragen saknar något motsvarande ett *fair and equitable treatment*-skydd, likvärdigt expropriationsskydd samt en direkt tvistlösningsklausul mellan investerare och stat motsvarande skiljenämndsmöjligheten i investeringsskyddsavtal.²⁷⁹ Skiljenämnden konstaterade vidare att unionens exklusiva kompetens gällande utländska direktinvesteringar i art. 207(1) FEUF inte påverkade skiljenämndens bedömning gällande EU-fördragets *subject-matter*, då denna unionskompetens enligt skiljenämnden enbart gäller mellan unionen och länder utanför unionen och inte i unionsinterna relationer, likt den mellan Grekland och Cypern.²⁸⁰ Skiljenämnden bedömde således att unionsrätten inte påverkade dess behörighet att avgöra tvisten.²⁸¹

UP v Ungern - 2018

Målet rörde ett franskt företag som gjort vissa investeringar i Ungern och stämt Ungern inför en skiljenämnd under ICSID, baserad på investeringsskyddsavtalet mellan Frankrike och Ungern.

Ungern invände mot skiljenämndens behörighet att avgöra tvisten, efter EU-domstolens dom i *Achmea*, på basis av att art. 267 & 344 FEUF var oförenlig med tvistlösningsklausulen i investeringsskyddsavtalet, att tvistlösningsklausulen i investeringsskyddsavtalet och art. 25(1) ICSID nödvändigtvis behövde tolkas i enlighet med unionsrätten på basis av art. 31(3)(c) Wienkonventionen och att en sådan tolkning skulle innebära att Ungerns medgivande till en skiljedomsprocess inte var giltigt.²⁸² I skiljenämndens korta resonemang konstaterades det inledningsvis att *Achmea* inte berörde en ICSID-skiljenämndsprocess, att *Achmea* inte kunde sägas innebära att Ungern inte längre skulle vara bunden av ICSID och att det inte fanns någon oförenlighet mellan unionsrätten och ICSID.²⁸³ Därefter bedömer skiljenämnden att Ungerns medgivande till skiljedomsprocess enligt art. 25(1) ICSID inte ensidigt kunde dras tillbaka och att det därför fortsatt var giltigt, varför skiljenämnden fann sig ha behörighet att avgöra tvisten.²⁸⁴ Skiljenämnden berörde således inte *Achmeas* påverkan på det underliggande investeringsskyddsavtalet.

²⁷⁷ Ibid. p. 585.

²⁷⁸ Ibid. p. 587.

²⁷⁹ Ibid. p. 589.

²⁸⁰ Ibid. p. 590.

²⁸¹ Ibid. p. 597.

²⁸² UP v Ungern, p. 238-241.

²⁸³ Ibid. p. 258-259.

²⁸⁴ Ibid. p. 264.

3.1.4 Skiljeförfaranden baserade på ECT efter Achmea

Masdar v Spanien - 2018

Målet rörde ett nederländskt bolag som gjort investeringar i spansk solenergi, som till följd av vissa spanska regleringsåtgärder åsamkats förluster, varpå företaget stämde Spanien inför en skiljenämnd under ICSID, baserad på ECT. Spanien invände mot skiljenämndens behörighet att avgöra tvisten på basis av i stort samma argumentation som i *Charanne*, *RREEF* och *Eiser*.²⁸⁵ Skiljenämnden konstaterade att ingenting i ordalydelsen av art. 26 ECT antyder att EU-interna tvistemål skulle vara undantagna från den²⁸⁶ och att det nederländska bolaget var en investerare från en annan kontraktstat till ECT och att skiljenämnden inte på den grund skulle sakna behörighet att avgöra tvisten.²⁸⁷ Vad gäller invändningen om att art. 344 FEUF skulle vara oförenlig med art. 26 ECT menade skiljenämnden först, i linje med tidigare skiljenämndspraxis, att någon oförenlighet inte förelåg och att någon normkonfliktshantering därför inte behövde göras.²⁸⁸ Skiljenämnden menade att EU-domstolens dom i *Achmea* inte påverkade denna bedömning, då *Achmeas* räckvidd, enligt skiljenämnden, enbart sträckte sig till bilaterala investeringsskyddsavtal och inte multilaterala investeringsskyddsavtal till vilka EU själv var part, det vill säga ECT.²⁸⁹ Skiljenämnden menade att för en tolkning av prejudikatet till att även gälla ECT skulle ha varit möjlig hade en eventuell oförenlighet mellan art. 344 FEUF och art. 26 ECT direkt behövt adresseras av EU-domstolen. Eftersom detta inte gjordes i *Achmea* valde skiljenämnden att anta generaladvokatens mening i *Achmea* och anta att art. 26 ECT var förenligt med art. 344 FEUF.²⁹⁰

Vattenfall v Tyskland - 2018

Målet, vilket vid tidpunkten för författandet av denna uppsats inte är avslutat, rör ett svenskt bolag som gjort investeringar i den tyska energisektorn, och vilket till följd av Tysklands beslut att fasa ut landets kärnkraft stämde Tyskland inför en skiljenämnd under ICSID, baserad på ECT. Skiljenämnden har lämnat ett separat och långt beslut rörande dess behörighet att avgöra tvisten, vilket uppsatsen redogör för här. Tyskland invände mot skiljenämndens behörighet att avgöra tvisten baserat på att unionsrätten skall anses vara en del av målets tillämpliga rätt genom art. 26(6) ECT; att unionsrätten innebär att det EU-interna elementet av ECT är oförenligt med art. 267 & 344 FEUF, att unionsrätten skulle anses ha företräde över ECT enligt art.

²⁸⁵ Masdar v Spanien, p. 296-300.

²⁸⁶ Ibid. p. 313.

²⁸⁷ Ibid. p. 315-324.

²⁸⁸ Ibid. p. 340.

²⁸⁹ Ibid. p. 679-680.

²⁹⁰ Ibid. p. 682, där skiljenämnden skriver: ”The Achmea Judgment is simply silent on the subject of the ECT. The Tribunal respectfully adopts the Advocate General’s reasoning on this matter, and it relies in particular upon the observation in the final sentence cited above from his Opinion”.

30(4) Wienkonventionen och art. 351 FEUF och att skiljenämnden således inte skulle ha behörighet att avgöra tvisten.²⁹¹

Skiljenämnden behandlade vattenfalls invändningar utförligt och konstaterade inledningsvis att lagvalsklausulerna i art. 26(6) ECT och art. 42(1) ICSID enbart gällde själva tvisten rörande Tysklands agerande, inte skiljenämndens behörighet att avgöra tvisten.²⁹² Istället bedömde skiljenämnden grunden för sin behörighet utifrån art. 26 ECT och undersökte huruvida unionsrätten kunde påverka den bedömningen genom en tolkning av art. 26 ECT enligt art. 31(3)(c) Wienkonventionen.²⁹³ Skiljenämnden konstaterade först att EU-fördragen är gällande internationella traktat mellan parterna och således faller in under art. 31(3)(c) Wienkonventionen.²⁹⁴ Dock menade skiljenämnden att art. 26 ECT inte kan tolkas konformt med EU-fördragen enligt art. 31(3)(c) Wienkonventionen då en tolkning av art. 26 ECT, innebärandes att denna klausul utesluter EU-intern tvistlösning direkt skulle strida mot dess ordalydelse, vilket är den primära tolkningsmetoden av traktat enligt art. 31(1) Wienkonventionen.²⁹⁵ Skiljenämnden anmärkte vidare att en tillämpning av art. 31(3)(c)

”would create one set of obligations applicable in at least some “intra-EU” disputes and another set of different obligations applicable to other disputes. This would bring uncertainty and entail the fragmentation of the meaning and application of treaty provisions and of the obligations of ECT Parties, contrary to the plain and ordinary meaning of the ECT provisions themselves”.²⁹⁶

Således har skiljenämnden, enligt sin egen konstruktion, att välja mellan inkoherens inom en given rättsordning, det vill säga ECT, eller mellan rättsordningar, det vill säga mellan ECT och EU-fördragen, varvid skiljenämnden alltså väljer det senare alternativet. Skiljenämnden menar vidare, med stöd av *Masdar* och generaladvokatens förslag till avgörande i *Achmea* att *Achmea*-prejudikatet inte direkt går att applicera på art. 26 ECT, varför det inte enligt skiljenämnden inte med säkerhet överhuvudtaget föreligger en oförenlighet mellan art. 267 & 344 FEUF och art. 26 ECT.²⁹⁷ Skiljenämnden menade således att art. 26 ECT skulle tolkas enligt sin ordalydelse, i ljuset av ECT:s avsikt och sammanhang; inte i harmoni med EU-fördragen.²⁹⁸ Skiljenämnden använde här samma resonemang som i exempelvis *Eiser* och menade att vattenfall var en investerare från en annan kontraktsstat till ECT, som gjort investeringar i en annan kontraktsstat och därmed kunde väcka talan mot denna andra stat i ett skiljeförfarande baserat på ECT.²⁹⁹

²⁹¹ Vattenfall v Tyskland p. 48-59.

²⁹² Ibid. p. 116-122.

²⁹³ Ibid. p. 128 & 135.

²⁹⁴ Ibid. p. 146 & 151.

²⁹⁵ Ibid. p. 153-154.

²⁹⁶ Ibid. p. 158.

²⁹⁷ Ibid. p. 161-165.

²⁹⁸ Ibid. p. 169.

²⁹⁹ Ibid. p. 183-184.

Slutligen menade skiljenämnden, med stöd av den ovan refererade skiljedomspraxisen, att någon konflikt mellan art. 26 ECT och art. 267 & 344 FEUF inte förelåg,³⁰⁰ att art. 16 ECT i vilket fall utgjorde *lex specialis* gällande en eventuell normkonfliktshantering och att art. 26 ECT i så fall enligt art. 16 ECT skulle ges företräde.³⁰¹ Skiljenämnden bedömde således att *Achmea* inte påverkade dess behörighet att avgöra tvisten och biföll inte Tysklands unionsrättsliga behörighetsinvändning.³⁰²

Foresight v Spanien – 2018

Målet rörde två luxemburgska bolag, ett italienskt bolag och ett danskt bolag, vilka gjort investeringar i spansk solenergi, som till följd av vissa spanska regleringsåtgärder åsamkats förluster, varpå företagen stämde Spanien inför en skiljenämnd med säte i Stockholm under Stockholms handelskammars regler, baserat på ECT. Spanien invände mot skiljenämndens behörighet att avgöra tvisten på basis av i stort samma argumentation som i *Charanne*, *RREEF*, *Eiser* och *Masdar* ovan.³⁰³ Skiljenämnden bedömde att art. 26 ECT skulle tolkas efter dess vanliga innebörd,³⁰⁴ varför investerarna skulle bedömas som investerare från vissa kontraktstater till ECT, som gjort investeringar i en annan kontraktstat och därmed kunde väcka talan mot den andra kontraktstaten enligt art. 26 ECT.³⁰⁵ Skiljenämnden bedömde att art. 26(6) enbart var tillämplig på själva tvisten rörande Spaniens agerande,³⁰⁶ att *Achmea* inte påverka skiljedomsprocesser baserade på ECT,³⁰⁷ samt att alla tidigare skiljeskiljenämnder bedömt frågan på likadant sätt, varför skiljenämnden i detta fall inte biföll Spaniens behörighetsinvändning.³⁰⁸

3.2 Något om tillämpningen av art. 30(3) & 59 Wienkonventionen

Som redogörelsen ovan visat har samtliga, för mig kända, skiljeskiljenämnder som prövat frågan bedömt sig ha behörighet att avgöra tvister baserade på EU-interna investeringsskyddsavtal, oaktat om dessa tvister baserat sig på bilaterala investeringsskyddsavtal eller ECT. Invändningarna mot skiljenämndernas behörighet att avgöra tvister baserade på bilaterala investeringsskyddsavtal har främst kretsats kring en tillämpning av *lex posterior*-principen i art. 30(3) & 59 Wienkonventionen, vilka skulle innebära att unionsrätten fick företräde framför tvistlösningsklausulerna i

³⁰⁰ Ibid. p. 212-214.

³⁰¹ Ibid. p. 222-229.

³⁰² Ibid. p. 232.

³⁰³ *Foresight v Spanien* p. 156-175.

³⁰⁴ *ibid.* p. 208.

³⁰⁵ Ibid. p. 209-212.

³⁰⁶ Ibid. p. 218-219.

³⁰⁷ Ibid. p. 220.

³⁰⁸ Ibid. p. 221.

investeringskyddsavtalen.³⁰⁹ En sådan tillämpning skulle innebära att staterna inte kunde sägas ha gett samtycke till en skiljenämndsprövning av tvister baserade på investeringskyddsavtal, vilket skulle medföra att skiljenämnderna skulle sakna behörighet att avgöra tvister baserade på investeringskyddsavtalen. Samtliga av de ovan redovisade skiljedomarna rörande bilaterala investeringskyddsavtal har bedömt att art. 30 & 59 Wienkonventionen inte kunde tillämpas på målen, dels på grunden att det inte har förelegat någon oförenlighet mellan EU-fördragen och tvistlösningsklausulerna i investeringskyddsavtalen, dels på grunden att EU-fördragen och investeringskyddsavtalen inte reglerade samma *subject-matter*, varför detta grundläggande rekvisit i såväl art. 30 som 59 Wienkonventionen inte var uppfyllt och dess tillämpning inte möjlig.

Det är här viktigt att notera vissa skillnader mellan art. 30(3) & 59 Wienkonventionen. Art. 59 innebär att ett traktat skall anses ha upphört om samtliga parter till det har ingått ett nytt traktat rörande samma *subject-matter* och

”(a) It appears from the later treaty or is otherwise established that the parties intended that the matter should be governed by that treaty; or (b) The provisions of the later treaty are so far incompatible with those of the earlier one that the two treaties are not capable of being applied at the same time”.

Detta innebär följaktligen att hela traktatet måste reglera samma *subject-matter* som det senare traktatet.³¹⁰ Dessutom krävs det enligt art. 59(2) att parterna måste ha avsett att det tidigare avtalet skall ha upphört genom ingåendet av det nya, vilket torde medföra vissa bevisvärigheter.

Art. 30(3) innebär

”1. Subject to Article 103 of the Charter of the United Nations, the rights and obligations of States parties to successive treaties relating to the same subject-matter shall be determined in accordance with the following paragraphs. [...] 3. When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under article 59, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty”.

³⁰⁹ Det är här viktigt att notera att *lex posterior*-principen i art. 30 & 59 Wienkonventionen inte är den enda princip som kan tillämpas för att lösa en eventuell normkonflikt. Exempelvis kan, som uppsatsen visar nedan, *lex specialis*-principen lika gärna användas, jfr *Vattenfall v Tyskland* p. 217 samt Lindroos, 2005, s. 38.

Det är även viktigt att notera att ett bilateralt investeringskyddsavtal kan innehålla en klausul som art. 16 ECT, innebärandes att tvistlösningsmekanismen i investeringskyddsavtalet skall ges företräde framför andra internationella överenskommelser, varpå art. 30 Wienkonventionen inte blir tillämplig, vilket uppsatsen diskuterar mer utförligt i avsnittet rörande skiljeförfaranden baserade på ECT. Då jag inte identifierat ett EU-internt bilateralt investeringskyddsavtal med en sådan klausul diskuteras inte den situationen närmare här.

³¹⁰ Jfr Reinisch, 2012, s. 166.

Till skillnad från art. 59 krävs det således endast att den enskilda klausul som inte kan tillämpas i ett traktat reglerar samma *subject-matter* som ett senare traktat; det krävs alltså inte att hela traktatet är oförenligt med det senare.³¹¹ Art. 30(3) kan därmed ses som subsidiär till art. 59 Wienkonventionen, även om dess resultat i förhållande till området för denna uppsats blir likvärdigt; en prioritering av art. 267 & 344 FEUF framför tvistlösningsklausuler i bilaterala EU-interna investeringsskyddsavtal.³¹² Då art. 30(3) Wienkonventionen enbart kräver att de enskilda klausulerna reglerar samma *subject-matter* och är oförenliga med senare traktat och således inte är beroende av en partsvilja, tänker uppsatsen i den fortsatta undersökningen utgå från denna artikel framför art. 59,³¹³ då en distinktion mellan dessa primärt är av teoretiskt intresse snarare än av praktisk betydelse för att uppnå uppsatsens syfte.³¹⁴

Vad gäller den första grunden, det vill säga att en oförenlighet föreligger, kan det efter *Achmea* konstateras att EU-domstolen, vilket uppsatsen ovan visat, funnit att tvistlösningsklausulerna i samtliga bilaterala investeringsskyddsavtal är oförenliga med art. 267 & 344 FEUF, varför en oförenlighet efter *Achmea* föreligger.³¹⁵ Vad gäller den andra grunden, det vill säga att traktaten reglerar samma *subject-matter*, är rättsläget inte lika klart. I de ovanstående skiljedomarna har en snäv bedömning av

³¹¹ Jfr Reinisch, 2012, s. 166 och *Eureko v Slovakien*, p. 239-240.

³¹² Jfr Orakhelashvili, 2016, s. 557-558.

³¹³ Jfr även Reinisch, 2012, s. 164-165 som visar att det knappast kan sägas att parterna till bilaterala EU-interna investeringsskyddsavtal avsett att dessa skulle sägas upp genom staternas medlemskap i EU. Se även Binder, 2016, s. 968-969 och Bjorge, 2017, s. 76. Det kan även noteras att EU-domstolen i *Achmea* endast konstaterade att själva tvistlösningsklausulen i det aktuella investeringsskyddsavtalet var oförenlig med unionsrätten, och uttalade således ingenting om själva investeringsskyddsavtalets förenlighet med unionsrätten i övrigt, varför det är vanskligt att *in abstracto* bedöma huruvida investeringsskyddsavtal generellt reglerar samma *subject-matter* som EU-fördragen. Även Dimopoulos skriver att ”Applying [art. 59] in the case of intra-EU BITs, it is difficult to establish that the intention of EU Member States was to terminate their intra-EU BITs. Considering that none of the Accession Treaties refers to intra-EU BITs and that their renegotiation was not a subject of the accession process indicates probably the lack of a direct intent of the parties to terminate them. In fact, this silence on their status, while there was direct EU involvement regarding the compatibility with EU law of Member States’ BITs with third countries, indicates probably that the termination of intra-EU BITs was not the intent of the parties”. Dimopoulos, 2011, s. 73. Dock menar Dimopoulos att EU-interna bilaterala investeringsskyddsavtal likväl kan anses vara avslutade i den mån de täcker samma *subject-matter* som EU-fördragen. Eftersom hela investeringsskyddsavtalen måste anses reglera samma *subject-matter* som EU-fördragen, vilket de troligtvis inte gör genom att EU-fördragen saknar en reglering liknande *fair and equitable treatment*, är en sådan bedömning i min mening tveksam.

³¹⁴ Det måste dock noteras att art. 59 Wienkonventionen, till skillnad från art. 30 Wienkonventionen, kan tillämpas på ett bilateralt investeringsskyddsavtal även om det finns en normkonfliktshanteringsklausul liknande art. 16 ECT, vilket i sådana fall skulle göra den nödvändig att undersöka. Då jag hittills inte identifierat något sådant EU-internt bilateralt investeringsskyddsavtal kan uppsatsen inte heller undersöka huruvida art. 59 Wienkonventionen skulle kunna tillämpas, varför en sådan undersökning lämnas därhän.

³¹⁵ Eftersom EU-domstolen genom art. 19 FEU och art. 267 FEUF skall tolka EU-fördragen på ett sätt som är bindande för institutionerna och medlemsstaterna torde dess tolkning även vara bindande för andra rättstillämpande instanser som tolkar och tillämpar fördragen. Jfr exempelvis *Diallo*, ICJ, 2010, p. 66-67.

rekvisitet ”same subject-matter” gjorts, innebärandes att det krävs att avtalens likhet skall avse ”the issues with which its constituent provisions deal, its topic or substance”,³¹⁶ det vill säga att alla områden och skyddsstandarder som regleras av investeringsskyddsavtalen också behöver regleras av EU-fördragen för att uppfylla rekvisitet. Eftersom samtliga skiljeskiljenämnder funnit att EU-fördragen saknar en reglering motsvarande *fair and equitable-treatment* och tvistlösning genom skiljeförfarande har dessa inte ansetts reglera samma *subject-matter*.

Vissa författare har lyft fram att rekvisitet ”same subject-matter” inte bör tolkas så snävt som skiljeskiljenämnderna har gjort, samtidigt som vissa författare har lyft fram motsatt tolkning.³¹⁷ Koskenniemi menar till exempel sin ILC-rapport om fragmentiseringen av internationell rätt att

³¹⁶ Marfin v Cypern p. 587.

³¹⁷ Borgen menar till exempel att rekvisitet ”same subject-matter” medvetet är snävt konstruerat till fördel för en normkonfliktshantering baserat på principen om *lex specialis* och därför även måste tolkas snävt. Se Borgen, 2005, s. 603-604 och 635-646. Se även Schulz, 2003, s. 6. En normkonfliktlösning baserad på *lex specialis* torde dock i min mening vara mindre lämplig i relation till konflikten mellan art. 267 & 344 FEUF och tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringsskyddsavtal, då det inte är säkert vilken av regleringarna som faktiskt utgör *lex specialis*. Detta gäller särskilt som FEUF innehåller en speciell regel gällande konflikter med andra traktat, art. 351 FEUF som sålunda utgör *lex specialis* gällande traktatskonflikter och ger företräde till art. 267 & 344 FEUF framför tvistlösningsklausuler i bilaterala investeringsskyddsavtal. Dock skulle själva tvistlösningsklausulerna i investeringsskyddsavtalen utgöra *lex specialis* gällande tvistlösning mellan investerare och medlemsstat gentemot art. 267 & 344 FEUF och därmed ges företräde. Rättsläget avseende en eventuell tillämpning av *lex specialis* för att lösa konflikten mellan art. 267 & 344 FEUF och tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringsskyddsavtal är sålunda i min mening oklart. Binder menar dock att utfallet av en *lex specialis*-tillämpning är givet, då ”The intra-EU BIT with only two treaty parties is arguably more special than EU Treaties with 28 parties. Also the BIT’s subject matter is more special given its specific focus on the protection of investors who are nationals of the other treaty party”, se Binder, 2016, s. 973-974. Se dock Lindroos, 2005, s. 41-42 som menar att *lex specialis* inte nödvändigtvis kan användas i konflikten mellan två olika normsystem där det är svårt att fastställa vilket som är *lex specialis*.

Vidare menar Aust att rekvisitet ”same subject-matter” måste tolkas snävt, ”so that the article would not apply when a general treaty impinges indirectly on the content of a particular provision of an earlier treaty”. Aust, 2007, s. 229. I fallet med konflikten mellan art. 267 & 344 FEUF och tvistlösningsklausulerna i investeringsskyddsavtalen är inte konflikten indirekt då EU-fördragen, genom EU-domstolens dom i *Achmea* direkt står i konflikt med tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringsskyddsavtal, varför ett av Austs grundläggande skäl för en strikt tolkning i min mening inte föreligger. Binder skriver i samband med bedömningen av ”same subject-matter” i art. 59 Wienkonventionen att ”Doctrine wants a strict interpretation and requires an identical overall object as well as a comparable degree of generality and comparability of the two treaties to be seen as covering the same subject”, Binder, 2016, s. 968.

Även Reinisch instämmer i skiljenämndernas snäva definition av samma subject-matter vid den konkreta bedömningen mellan EU-fördragen och bilaterala investeringsskyddsavtal, se Reinisch, 2012, s. 172. Det är dock viktigt att notera att Reinisch bedömning troligtvis hade sett annorlunda ut efter *Achmea*, då Reinisch, likt de tidigare skiljenämnderna, förlitar sig på att någon oförenlighet mellan art. 267 & 344 FEUF och tvistlösningsklausulerna i de bilaterala investeringsskyddsavtalen inte föreligger.

”the test of whether two treaties deals with the ”same subject matter” is resolved through the assessment of whether the fulfilment of the obligation under one treaty affects the fulfilment of the obligation of another. This “affecting” might then take place either as strictly preventing the fulfilment of the other obligation or undermining its object and purpose in one or another way”.³¹⁸

Applicerat på förhållandet mellan investeringskyddsavtal och EU-fördragen är det tydligt att Koskenniemis definition av ”same subject-matter” är uppfylld; en stats samtycke till tvistlösning inför en skiljenämnd i enlighet med dess åtagande enligt ett investeringskyddsavtal påverkar dess uppfyllande av art. 267 och 344 FEUF. Eftersom EU-fördragen är *lex posterior* i förhållande till samtliga, för uppsatsförfattaren kända, EU-interna bilaterala investeringskyddsavtal skulle tvistlösningsklausulerna därmed inte tillämpas enligt art. 30(3) Wienkonventionen, om Koskenniemis definition av ”same subject-matter” används.³¹⁹ Det måste dock återigen noteras att skiljenämndspraxis, samt en mängd författare, talar emot Koskenniemis tolkning av art. 30 Wienkonventionen, snarare har skiljenämnder, vilket redogörelsen ovan visat, förlitat sig på andra element än oförenlighet med senare traktat i uppbyggnaden av rekvisitet ”same subject-matter”.³²⁰

Skiljenämnder baserade på bilaterala EU-interna investeringskyddsavtal med säten inom EU som inte tillämpar ICSID-reglerna skulle likväl vara tvungna att underkänna sin egen behörighet att avgöra tvisten. Detta på basis av att medlemsstaterna inte, från ett unionsrättsligt perspektiv, kan lämna samtycke till skiljedomsprocess genom ett investeringskyddsavtal med en annan medlemsstat, varför det nödvändiga rekvisitet; den ena partens samtycke, inte är uppnått enligt medlemsländernas *lex loci arbitri*.³²¹ Eftersom skiljeskiljenämnder med säte i en stat är

Klabbers menar istället att det inte finns något stöd för att en snäv tolkning av ”same subject-matter” i förarbetena till Wienkonventionen och att art. 30 i stort blir meningslös med en snäv tolkning, varför det enligt Klabbers torde finnas utrymme för en mer extensiv tolkning, likt Koskenniemis nedan. Klabbers, 2009, s. 93. I detta avseende finns det viss anledning att förhålla sig kritiskt mot Klabbers slutledning, då det i förarbetena till Wienkonventionen visst diskuterades att rekvisitet ”same subject-matter” måste tolkas restriktivt till förmån för en tillämpning av *lex specialis* enligt Austs definition ovan, se exempelvis Vierdag, 1989, s. 100. Trots detta använder Vierdag samma definition av ”same subject-matter” som Koskenniemi, då Vierdag skriver att ”the requirement that the instruments must relate to the same subject-matter seems to raise extremely difficult problems in theory, but may turn out not to be so very difficult in practice. If an attempted simultaneous application of two rules to one set of facts or actions leads to incompatible results it can safely be assumed that the test of sameness is satisfied”. Vierdag, 1989, s. 100. Även Lindroos instämmer i denna definition, se Lindroos, 2005, s. 45.

³¹⁸ Koskenniemi, 2006, p. 254.

³¹⁹ Att EU-fördragen är *lex posterior* i förhållande till samtliga bilaterala EU-interna investeringskyddsavtal beror på att samtliga, för uppsatsförfattaren kända EU-interna investeringskyddsavtal har slutits mellan stater som inte båda var medlemmar i unionen vid tidpunkten för avtalslutet. Investeringskyddsavtalen har sedan blivit EU-interna genom den ena statens tillträde till unionen. Se exempelvis Niemelä, 2017, s. 43 & 102.

³²⁰ Jfr också Orakhelashvili, 2016, s. 356-357 och not 317.

³²¹ Cole, Bantekas, Ferretti, Riefa, Warwas & Ortolani s. 51-52. Jfr också art. 34(2)(a)(i) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

tvungna att avgöra sin behörighet efter den statens *lex loci arbitri* blir den statens *lex loci arbitri*, snarare än enbart investeringskyddsavtalet, grunden för skiljenämndens behörighet att avgöra tvisten. I en svensk kontext skulle detta exempelvis innebära att 34§ 1 p. Lag om skiljeförfarande skulle tillämpas för att upphäva skiljedomen, vilket uppsatsen återkommer till mer utförligt nedan.

3.3 Något mer om skiljeförfaranden under ICSID

Vad gäller skiljeförfaranden upprättade under ICSID är förhållandena annorlunda än för skiljeförfaranden baserade på bilaterala EU-interna investeringskyddsavtal med säten inom EU som inte tillämpar ICSID-reglerna, vilket exempelvis *Marfin v Cypern* och *UP v Ungern* visat ovan. Skiljenämnder, upprättade under ICSID, har dubbla grunder för sin behörighet att avgöra tvisten, dels det underliggande investeringskyddsavtalet, dels art. 25 ICSID. I *UP v Ungern* förlitade sig skiljenämnden på art. 25(1) ICSID, fann att stater inte kunde sägas ha frånträtt ICSID genom sina medlemskap i EU, att *Achmea* inte gäller skiljeförfaranden under ICSID, att ICSID därmed gäller dessa stater och att förbudet i art. 25(1) ICSID mot en svarande stat att ensidigt ta tillbaka sitt medgivande till skiljeförfarande enligt ICSID därmed gäller en sådan stat.³²²

Som undersökningen ovan visat torde denna bedömning kunna kritiseras, då *Achmea* i min mening visar på en oförenlighet mellan art. 25(1) ICSID och art. 267 & 344 FEUF, då art. 25(1) ICSID möjliggör tvistlösning inför en skiljenämnd, som har en teoretisk möjlighet att tolka och tillämpa unionsrätt, mellan investerare från en stat mot en annan EU-medlemsstat på basis av ett investeringskyddsavtal mellan två medlemsstater. Skiljenämnderna erkänner, som framställningen ovan visat, inte nödvändigtvis denna potentiella konflikt, även om jag menar att den är uppenbar. Art. 30(3) & 59 Wienkonventionen kan inte användas för att lösa normkonflikten, då inte alla parter till ICSID är parter till EU-fördragen, vilket är ett nödvändigt rekvisit för artiklarnas tillämpning. Som undersökningen ovan visat innebär ICSID inte bara förpliktelser mellan de två stater en investeringstvist rör, dessa stater har även förpliktelser mot andra konventionsstater att följa konventionen, varför art. 30(4) Wienkonventionen inte heller kan användas för att lösa normkonflikten, då en åtskillnad mellan ICSID-konventionsstaterna inte kan göras i meningen av art. 30(4) Wienkonventionen.³²³ Det föreligger således en potentiell normkonflikt, under

³²² UP v Ungern p. 263-264.

³²³ Tietje & Wackernagel menar dock i motsats till mitt resonemang ovan att art. 30(4) Wienkonventionen kan tillämpas, att EU-fördragen är *lex posterior* och därför skall tillämpas för ICSID på ett traktaträttsligt plan. Tietje & Wackernagel, 2015, s. 224-228. Även om det skulle antagas att Tietje och Wackernagels tillämpning av art. 30(4) Wienkonventionen är hållbar, missar de dock att denna lösning inte är tillämplig på samtliga EU-interna relationer, somliga länder blev medlemmar i EU innan staternas tillträde till ICSID, varför ICSID i sådana relationer skulle utgöra *lex posterior* och därmed tillämpas. En potentiell konflikt mellan unionsrätten och ICSID skulle således fortsatt föreligga. Det är också viktigt att notera att även art. 30(4) uppställer ett krav på att ICSID och EU-

förutsättning att art. 25(1) ICSID faktiskt innebär att en skiljenämnd har behörighet att avgöra en EU-intern investeringstvist. Denna behörighet förutsätter att en stat har lämnat samtycke till tvistlösningen, i detta fallet genom en sådan klausul i ett investeringsskyddsavtal. Frågan uppkommer därigenom vad *Achmea* kan anses innebära för synen på statens samtycke till ett skiljeförfarande enligt ett bilateralt investeringsskyddsavtal och dess relation till kravet på samtycke enligt art. 25 ICSID, framförallt med hänsyn till förekomsten av solnedgångsklausuler i investeringsskyddsavtalen.

Det torde stå klart att art. 267 & 344 FEUF i kombination med art. 30(3) Wienkonventionen, om Koskenniemis definition av ”same subject-matter” används, innebär att en stats samtycke till tvistlösningsförfarande inför en skiljenämnd inte är unionsrättsligt, eller traktaträttsligt, giltigt på den grund att tvistlösningsklausulerna i EU-interna bilaterala investeringsskyddsavtal inte kan tillämpas ur ett traktaträttsligt perspektiv efter *Achmea*.³²⁴ Skiljenämnden i *UP v Ungern* lyfte fram att detta inte påverkade dess bedömning av sin behörighet att avgöra tvisten, då en solnedgångsklausul i det underliggande investeringsskyddsavtalet fortsatt var tillämplig och därmed innebar att en stats samtycke till tvistlösning enligt investeringsskyddsavtalet fortsatt var bindande under hela den tillämpliga tidsperioden för dess solnedgångsklausul.³²⁵ Om Koskenniemis definition av rekvisitet ”same subject-matter” i art. 30(3) Wienkonventionen används faller skiljenämndens slutsats i *UP v Ungern*. I sådana fall torde även en solnedgångsklausul som möjliggör tvistlösning inför en skiljenämnd anses vara oförenlig med art. 267 & 344 FEUF och därmed inte tillämpas enligt art. 30(3) Wienkonventionen, i den mån en solnedgångsklausul möjliggör att en tvistlösningsklausul i ett investeringsskyddsavtal kan användas, då själva solnedgångsklausulen skulle falla under tillämpningsområdet för art. 30(3) Wienkonventionen, varför en stats samtycke till tvistlösning inför en skiljenämnd under ICSID i sådana fall inte skulle existera i meningen av art. 25(1) ICSID.³²⁶ Detta gäller dock inte i de fall en investerare redan accepterat en stats erbjudande under ett investeringsskyddsavtal att avgöra en tvist inför en skiljenämnd under ICSID, i sådana fall existerar ett samtycke en stat inte kan dra tillbaka och art. 25(1) ICSID blir tillämplig.³²⁷ Det sistnämnda gäller även i de fall två stater förhandlar bort en solnedgångsklausul enligt art. 39 Wienkonventionen och sedan säger upp investeringsskyddsavtalet enligt art. 54(b), ett sådant agerande får således inte retroaktiv effekt på redan påbörjade skiljeförfaranden.³²⁸

fördragen måste reglera samma subject-matter, vilket med skiljenämndernas snäva definition torde vara svårt att uppfylla.

³²⁴ Jfr *UP v Ungern* p. 265.

³²⁵ *UP v Ungern* p. 265.

³²⁶ Jfr Schreuer, 2009, s. 259-260.

³²⁷ Jfr Schreuer, 2009, s. 259 och Nottebohm, ICJ, 1953, s. 122-123.

³²⁸ Se exempelvis Binder, 2016, s. 982.

Det är viktigt att notera att hela den ovanstående lösningen är beroende av att Koskenniemis definition av ”same subject-matter” i art. 30(3) Wienkonventionen tillämpas. Om denna inte tillämpas, utan skiljenämndernas snäva definition tillämpas faller lösningen, då art. 30(3) i sådana fall inte kan användas för att inte tillämpa tvistlösningsklausuler i investeringsskyddsavtal.³²⁹ Detta får till följd att tvistlösningsklausuler i underliggande investeringsskyddsavtal tillämpas på ett traktaträttsligt plan, vilket innebär att samtycke i meningen av art. 25(1) ICSID existerar. Detta innebär således att ICSID ges företräde framför unionsrätten vid bedömningen av skiljenämndernas behörighet, varvid en normkonflikt uppkommer för de stater som är bundna av både ICSID och unionsrätten.³³⁰

3.4 Något mer om ett traktaträttsligt perspektiv på art. 26 ECT

Det kan här konstateras att det traktaträttsliga perspektivet på art. 26 ECT i sig rymmer minst två perspektiv, dels från en konkret skiljenämnds perspektiv, dels från ett mer allmänt traktaträttsligt perspektiv. Uppsatsen skall därför först diskutera frågan från ett skiljenämnds perspektiv, för att därefter diskutera frågan från ett mer allmänt traktaträttsligt perspektiv.

En skiljenämnd upprättad på basis av ECT behöver inte nödvändigtvis besvara sig med relativt komplexa normkonfliktlösningar. Genom att art. 16 ECT uttryckligen reglerar förhållandet mellan ECT och andra traktat, samtidigt som en skiljenämnd skall avgöra sin behörighet att avgöra en tvist baserat på ECT och *lex loci arbitri*, är det själva innehållet i ECT som är skiljenämndens konstituerande juridiska grund.³³¹ Det skulle således på goda grunder kunna argumenteras för att art. 16 ECT utgör *lex specialis* vad gäller ECT:s status gentemot själva Wienkonventionen och andra traktat, såsom EU-fördragen, varför några andra normkonfliktregler och principer än de som framgår av art. 16 ECT överhuvudtaget inte skulle behöva tillämpas av en skiljenämnd.³³² För detta talar det faktum att traktaträtten, förutom vad gäller art. 103

³²⁹ Dimopoulos menar dock att bilaterala investeringsskyddsavtal och EU-fördragen kan anses reglera samma ”subject-matter”, även med en snävare tolkning än Koskenniemis, då ”EU law provides rules for the post-establishment treatment and operation of foreign investment, the transfer of assets and the imposition of limitations on the rights of individuals resulting from EU or Member States’ measures. Hence, both intra-EU BITs and the EU Treaties deal with foreign investment activity, and provide rules for the same aspects of foreign investment regulation, namely their post-establishment treatment and operation, capital movements/ transfers and limitations on private property rights”. Se Dimopoulos, 2011, s. 74. Som uppsatsens genomgång av skiljedomar visat har skiljenämnderna unisont tillämpat en ännu snävare definition av ”same subject-matter” än Dimopoulos alternativa definition.

³³⁰ Se exempelvis utfallen i *Marfin v Cypern* och *UP v Ungern* ovan. Normkonflikten ligger i att en stat enligt art. 53 ICSID skall följa utslaget i en skiljedom, vilket torde kunna innebära ett brott mot en stats åtaganden enligt art. 267 & 344 FEUF.

³³¹ Jfr *RREEF v Spanien*, p. 74-77 och *Wehland*, 2016, s. 943-944.

³³² Se *Aust*, 2007, s. 227-228, som menar att ”the rules in Article 30 are residual”.

i FN-stadgan och *jus cogens*, saknar normer med olika hierarkiska värden,³³³ varför en skiljenämnd torde behöva bedöma sin behörighet utifrån ECT och då tillämpa detta traktats specifika normkonfliktshanteringsregler i art. 16, särskilt som denna är otvetydigt formulerad. En sådan tillämpning skulle således leda till att en skiljenämnd bör bedöma sig ha behörighet att avgöra tvister baserat på art. 26 ECT, såtillvida skiljenämnden inte har sitt säte i EU och då måste ta *lex loci arbitri* i beaktande vid sin bedömning, vilket leder till en normkonflikt gentemot en stats åtaganden enligt EU-fördragen. Lösningen som skisserats ovan är därmed främst en potentiell tillämpningslösning för en konkret skiljenämnd, snarare än en lösning på frågan om huruvida ECT eller EU-fördragen skall anses ha traktaträttsligt företräde *in abstracto*.

För ett skiljeförfarande baserat på ett bilateralt investeringsskyddsavtal gäller kortfattat samma resonemang som i stycket ovan, det vill säga att investeringsskyddsavtalet är skiljenämndens konstituerande juridiska grund, varför en skiljenämnd skall tillämpa det avtalets traktatskonfliktsbestämmelser, om sådana finns, framför Wienkonventionen och allmänna principer, vilket leder till en normkonflikt gentemot en stats åtaganden enligt EU-fördragen.³³⁴ En sådan lösning är dock också främst en potentiell tillämpningslösning för en konkret skiljenämnd, snarare än en lösning på frågan om huruvida de bilaterala investeringsskyddsavtalen eller EU-fördragen skall anses ha traktaträttsligt företräde *in abstracto*.

Eftersom en sådan lösning som den i styckena ovan bara gäller för en skiljenämnd i en konkret tvist, och inte säger något allmänt om art. 26 ECT traktaträttsliga förhållande till EU-fördragen, skall uppsatsen i det följande först diskutera art. 30(4) Wienkonventionen och dess potentiella tillämpning på EU-interna investeringstvister under ECT.³³⁵ Därefter skall betydelsen av art. 16 ECT på ett mer allmänt traktaträttsligt plan närmare diskuteras, varefter några slutsatser gällande förhållandet mellan ECT och EU-fördragen göras från ett allmänt traktaträttsligt perspektiv och därmed inte från ett främst skiljenämndsperspektiv.

³³³ Se exempelvis Koskenniemi, 2006, p. 324.

³³⁴ Som tidigare konstaterats har jag hittills inte identifierat ett EU-internt bilateralt investeringsskyddsavtal med en klausul liknande art. 16 ECT. Det innebär att inga av de bilaterala investeringsskyddsavtal Sverige ingått innehåller en klausul liknande art. 16 ECT. Samtliga av dessa investeringsskyddsavtal innehåller en klausul gällande avtalets relation med andra traktat, men dessa klausuler innebär bara att investeringsskyddsavtalet inte skall inskränka ett eventuellt mer förmånligt investeringsskydd och är således, till skillnad från art. 16 ECT, tysta gällande en eventuell inskränkning av själva avtalet genom andra folkrättsliga traktat. Jfr exempelvis art. 7 SÖ 1990:2 och art. 10 SÖ 1992:93, vilka är representativa exempel på sådana klausuler.

³³⁵ Vad gäller en möjlig tolkning av art. 26 ECT i enlighet med art. 31(3)(c) Wienkonventionen, innebärandes att art. 26 ECT skall tolkas med unionsrätten i beaktande och därmed tolka art. 26 ECT som att den omöjliggör EU-interna tvistlösningar, instämmer jag i skiljenämndens resonemang i Vattenfall ovan, innebärandes att ordalydsetolkningen av art. 26 ECT enligt art. 31(1) Wienkonventionen måste trumfa en tolkning enligt art. 31(3)(c), varför uppsatsen inte ytterligare berör den diskussionen här.

Inledningsvis går det att konstatera att ECT utgör *lex posterior* mellan flertalet EU-medlemsstater, då flera stater tillträtt ECT efter sina EU-medlemskap.³³⁶ Vid en oförenlighet mellan art. 26 ECT och EU-fördragen, vilken uppsatsen enligt undersökningen ovan menar är sannolik, skulle art. 26 ECT ges företräde på ett traktaträttsligt plan enligt art. 30(4) Wienkonventionen, i det fall denna skulle tillämpas, vilket jag finner tveksamt. Denna tveksamhet har främst sin grund i det faktum att en stats skyldigheter enligt EU-fördragen inte är strikt bilaterala, snarare existerar en skyldighet för varje stat gentemot varje stat samt unionen självt att följa fördragen.³³⁷ Eftersom Italien inte är en kontraktsstat till ECT kan inte de andra medlemsstaternas skyldighet gentemot Italien att följa fördragen åsidosättas genom art. 30(4) Wienkonventionen. Sålunda kan inte art. 267 & 344 FEUF åsidosättas vid en skiljenämnds prövning av dess behörighet att avgöra en tvist, varför en normkonfliktlösning baserad på *lex posterior* inte kan användas i det fall båda staterna till en tvist blev medlemmar i EU innan ECT.

För det fall en av staterna blev medlem i EU efter ECT är läget delvis ett annat. Då är EU-fördragen *lex posterior* till ECT i relationen mellan de staterna, varför det eventuellt skulle kunna finnas en möjlighet att EU-fördragen ges företräde enligt art. 30(4) Wienkonventionen, under förutsättning att de övriga kriterierna i art. 30(4) är tillämpliga, det vill säga att det föreligger en oförenlighet mellan EU-fördragen och art. 26 ECT samt att ECT reglerar samma *subject-matter* som EU-fördragen.

Det går dock att hävda att art. 30 Wienkonventionen överhuvudtaget inte skall tillämpas på relationen mellan ECT och EU-fördragen, då art. 16 ECT innehåller en bestämmelse som reglerar ECT:s förhållande med andra traktat, varför art. 16 ECT skulle utgöra *lex specialis* vad gäller relationen mellan ECT och EU-fördragen.³³⁸ För detta talar att det även finns visst stöd i doktrin för att principen om *lex specialis* kan användas bredvid *lex posterior* för att lösa konflikter mellan traktat, särskilt när det ena traktatet innehåller en klausul gällande avtalets relation med andra avtal.³³⁹ Denna faller sålunda in under den princip bland annat Villiger benämner *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*.³⁴⁰ Det går dock att ifrågasätta om art. 16 ECT verkligen är *lex priori specialis* och EU-fördragen *lex posterior generalis*, då art. 351 FEUF och unionens *acquis communautaire* innehåller väl utvecklade och specifika regler rörande förhållandet mellan EU-fördragen och andra traktat likt ECT.³⁴¹ Mot detta

³³⁶ Se Bermann, 2018, s. 210-211.

³³⁷ Detta torde följa av art. 258 & 259 FEUF, vilka möjliggör för kommissionen och medlemsstaterna att väcka talan inför EU-domstolen vid en medlemsstats underlåtenhet att uppfylla sina skyldigheter enligt EU-fördragen.

³³⁸ Jfr Vattenfall v Tyskland p. 217. Det kan kort noteras att art. 16 ECT ger företräde till ECT, varför den inte berörs av art. 30(2) Wienkonventionen, se Villiger, 2009, s. 404-405.

³³⁹ Se not 317. Se även Villiger, 2009, s. 409, Dörr & Schmalenbach, 2018, s. 546-548. Se särskilt Lindroos, 2005, s. 36-38 och 65, som skriver att "Article 30, however, was never intended to be exhaustive, and other principles of interpretation and conflict-resolution are regularly discussed alongside", Lindroos, 2005, s. 38.

³⁴⁰ Se Villiger, 2009, s. 400.

³⁴¹ Jfr Vattenfall v Tyskland p. 225-227.

ifrågasättande talar dock att art. 16 ECT uttryckligen reglerar förhållandet mellan art. 26 ECT och andra traktat och därför på ett traktaträttsligt plan kan anses vara *lex specialis* och därmed tillämpas för att lösa oförenlighetskonflikten mellan art. 26 ECT och art. 267 & 344 FEUF genom att ge art. 26 ECT företräde, i vart fall så länge unionens *acquis communautaire* inte uttryckligen reglerar förhållandet mellan EU-fördragen och art. 26 ECT.³⁴²

En tillämpning av *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* på konflikten mellan ECT och EU-fördragen torde vidare kunna föredras av rent normativa skäl, då en sådan tillämpning skapar en koherent och enhetlig tillämpning av art. 26 ECT mellan parterna till ECT, istället för en tillämpning baserad på tidpunkten för en ECT-stats EU-medlemskap. Samtidigt medför tillämpningen dock en potentiell inkoherens mellan en stats åtaganden enligt EU-fördragen och ECT. Denna potentiella inkoherens skulle kunna lösas genom en tillämpning av art. 30(4) Wienkonventionen endast avseende de EU-medlemsstater som tillträtt ECT före sitt EU-medlemskap, för de andra staterna skulle ECT ges folkrättsligt företräde, varför en sådan lösning fortsatt skulle innebära viss inkoherens för vissa staters åtaganden enligt EU-fördragen och ECT. Vidare kan också det faktum att art. 16 ECT endast torde vara bindande för kontraktsstaterna till ECT tala mot en tillämpning av *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*. Eftersom Italien inte är en kontraktsstat till ECT, men likväl medlemsstat i EU torde det gå att argumentera för att art. 16 ECT inte kan tillämpas på relationen mellan ECT och EU, då art. 16 ECT inte är bindande för samtliga medlemsstater i EU. Eftersom, vilket uppsatsen diskuterat ovan, varje EU-medlemsstat har en skyldighet mot samtliga unionsmedlemsstater att följa EU-fördragen, torde det inte gå att göra en separat tillämpning av art. 16 ECT på samtliga EU-interna bilaterala relationer undantaget Italien.³⁴³ Det går således att diskutera huruvida principen om *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* faktiskt kan tillämpas på en potentiell normkonflikt mellan art. 26 ECT och EU-fördragen.

Kort kan en jämförelse med situationen avseende bilaterala investeringsskyddsavtal göras, där unionens *acquis communautaire* genom *Achmea* uttryckligen har stadgat en oförenlighet mellan tvistlösningsklausuler i bilaterala investeringsskyddsavtal och EU-fördragen samt gett företräde till EU-fördragen, varför dessa är både *lex posterior* och lika mycket *lex specialis* som eventuella företrädesklausuler i investeringsskyddsavtalen, varför EU-fördragen i en sådan situation i min mening torde ges traktaträttsligt företräde.³⁴⁴

³⁴² Jfr Lindroos, 2005, s. 46-47.

³⁴³ Jfr Dörr & Schmalenbach, 2018, s. 547. Mot detta argument talar dock det faktum att Dörr & Schmalenbach bygger sitt resonemang på art. 34 Wienkonventionen, vilken innebär att länder inte kan skapa rättigheter och skyldigheter för tredjeländer, utan dessas medgivande. Art. 16 ECT skapar i realiteten inga skyldigheter eller rättigheter för Italien i förhållande till ECT, varför det i min mening finns en möjlighet att argumentera för att art. 16 ECT trots allt kan användas som normkonfliktshanteringsmekanism.

³⁴⁴ Jfr även Dörr & Schmalenbach, 2018, s. 546-548.

Således kan det här konstateras att art. 26 ECT, på ett traktaträttsligt plan, möjligtvis kan ges företräde framför EU-fördragen om dessa, som enligt undersökningen ovan, skulle finnas vara oförenliga. I vart fall kan art. 26 ECT troligtvis ges företräde vad gäller tvister mellan investerare från en medlemsstat och en medlemsstat, vilka båda blivit medlemmar i EU innan dess tillträde till ECT. För tvister mellan investerare från en medlemsstat och en medlemsstat, av vilka en blivit medlem i EU efter dess tillträde till ECT är art. 26 ECT:s företräde inte givet. En skiljenämnd kan också bedöma sin behörighet enkom efter art. 26 ECT, genom en tillämpning av art. 16 ECT och därmed avgöra sig ha behörighet att avgöra en tvist baserat på art. 26 ECT.

3.4.1 Något om en potentiell *disconnection clause* i ECT och ECT:s eventuella rumsliga begränsning

Som framställningen ovan visat har det i ett flertal skiljeförfaranden lyfts att ECT skulle innehålla en *disconnection clause*, vilken skulle innebära ett företräde för EU-fördragen gentemot ECT. Förekomsten av en sådan *disconnection clause* torde vara helt uppenbart utesluten, då en sådan uttryckligen inte förekommer i ECT, samtidigt som ECT innehåller en *disconnection clause* avseende spetsbergtraktaten från 1920 och 1925.³⁴⁵ Att fördragsstaterna således inkluderat en uttrycklig *disconnection clause* för dessa traktat, men inte för de långt mer relevanta EU-fördragen måste anses innebära att en sådan inte kan ha åsyftats vara en del av ECT, och därmed knappast kan tolkas in i ECT.³⁴⁶ Detta torde särskilt gälla som EU eller medlemsstaterna vid tidpunkten för undertecknandet av ECT inkluderat en *disconnection clause* innebärandes ett unionsrättsligt företräde i vissa andra fördrag, främst inom ramen för europarådssamarbetet, som EU-medlemsstaterna undertecknat.³⁴⁷ Det finns följaktligen ingen traktaträttslig möjlighet att ge unionsrätten företräde med hänsyn till en potentiell *disconnection clause*.³⁴⁸

Det har även förekommit i vissa skiljeförfaranden ovan att svarandestaten har invänt mot skiljenämndsbehörigheten genom att hävda att ECT skulle ha en form av rumslig begränsning till att inte gälla inom EU då medlemsstaterna skulle anses utgöra ett område, varför en investering från en annan stats investerare skulle anses vara gjord i samma område. En sådan invändning saknas det i min mening helt och hållet stöd för, varför den kan lämnas därhän.³⁴⁹

³⁴⁵ Annex 2.1, ECT.

³⁴⁶ Se exempelvis Verburg & Lavranos, 2018, s. 218-219 som menar att inkluderandet av en *disconnection clause* fördes fram under förhandlingarna av ECT, utan att inkluderas i det slutgiltiga avtalet, varför kontraktstaterna inte kan ha åsyftat att en sådan skulle förekomma i ECT.

³⁴⁷ Se exempelvis, art. 27 Convention on Mutual Administrative Assistance on Tax Matters, European treaty series no. 127, preambeln i Protocol to the Convention on Insider Trading, European treaty series, no. 133 och art. 27.1 1989 European Convention on Transfrontier Television, European Treaty Series, no. 132. Jfr Klappers, 2009, s. 219-223. Se också Koskeniemi, 2006, p. 289-294.

³⁴⁸ Se även Alvarez, 2018, s. 562.

³⁴⁹ Jfr även Vattenfall v Tyskland, p. 174-184.

3.5 Avslutande kommentarer

Som framställningen ovan visat har samtliga skiljenämnder som prövat en EU-intern investeringstvist funnit sig ha behörighet att avgöra tvisterna. Det finns en viss möjlighet, genom en tillämpning av art. 30(3) Wienkonventionen, för skiljenämnder baserade på bilaterala investeringsskyddsavtal att ge företräde till EU-fördragen framför tvistlösningsklausulen i det bilaterala investeringsskyddsavtalet och därmed bedöma sig inte ha behörighet att avgöra tvisten. Detta är beroende av att skiljenämnden i sådana fall följer den av Koskenniemi förespråkade definitionen av rekvisitet ”same subject-matter” i art. 30 Wienkonventionen.³⁵⁰ Om tidigare skiljenämndspraxis istället fortsatt följs kommer skiljedomar, vilka är oförenliga med EU-fördragen, fortsatt uppkomma. Om framtida skiljenämnder fortsatt följer tidigare praxis uppstår således en potentiell inkoherens där de inblandade staterna åläggs att följa motstridiga förpliktelser enligt folkrätten och EU-rätten.

Vad vidare gäller tvister baserade på ECT är situationen mer komplex, om än inte från ett skiljenämndsperspektiv, varför skiljedomar som troligtvis strider mot unionsrätten fortsatt kan uppkomma.

4 Skiljedomar baserade på EU-interna investeringsskyddsavtal i en svensk kontext

Uppsatsen skall nu fokusera på hur skiljedomar baserade på EU-interna investeringsskyddsavtal skall bedömas i Sverige. Detta innebär att uppsatsen först skall undersöka och diskutera frågor kopplade till hur skiljedomar, vilka tillkommit genom ett skiljeförfarande baserat på ett EU-internt investeringsskyddsavtal med säte i Sverige, kan ogiltighetsförklaras eller klandras. Därefter skall uppsatsen undersöka frågor rörande verkställighet av skiljedomar, vilka tillkommit genom ett skiljeförfarande baserat på ett EU-internt investeringsskyddsavtal med säte utanför Sverige. Denna diskussion kommer att röra själva tvistlösningsklausulens oförenlighet med art. 267 & 344 FEUF och således inte en potentiell oförenlighet mellan skiljedomars materiella innehåll och unionsrätten. Uppsatsen skall av utrymmesskäl inte närmare diskutera frågor relaterade till retroaktivitetsverkan av *Achmea* och dess påverkan på skiljedomar som har status av *res judicata* och därmed som huvudregel kräver extraordinära rättsmedel för att kunna angripas.³⁵¹

³⁵⁰ Se dock not 329.

³⁵¹ För en relativt nyligen utförd och uttömmande diskussion av dessa aspekter av *Achmea*, se Hallberg & Östlund, 2018/2019, s. 675-706.

4.1 Ogiltighet och klander av skiljedomar baserade på EU-interna skiljeförfaranden med säte i Sverige

En skiljedom, vilken har meddelats av en skiljenämnd med säte i Sverige, kan ogiltigförklaras eller klandras av den hovrätt inom vars domkrets skiljenämnden har haft sitt säte.³⁵² För uppsatsens vidkommande torde främst ogiltighetsgrunden i 33§ 1 st. 2 p. LSF samt klandergrunden i 34§ 1 st. 1 p. LSF potentiellt kunna vara tillämpliga och intressanta att diskutera på ett mer generellt plan.³⁵³ Det föreligger vissa viktiga processuella skillnader mellan ogiltigförklarande och klander av en skiljedom, exempelvis måste en klandergrund göras gällande inom två månader från den dag en part fått del av skiljedomen och en part får inte ha avstått från att åberopa omständigheten som utgör klandergrunden under skiljeförfarandet, i sådana fall prekluderas klandergrunden.³⁵⁴ En ogiltighetstalan kan däremot väckas utan tidsbegränsning och är inte beroende av att en part åberopat ogiltighetsgrunden under skiljeförfarandet, då denna skall beaktas *ex officio* av en domstol, varför ogiltighetsgrunderna, till skillnad från klandergrunderna syftar till att skydda bredare allmänna intressen, snarare än den ena partens intressen.³⁵⁵

4.1.1 Ogiltighet på grund av *ordre public*

Ordre public-stadgandet i 33§ 1 st. 2 p. LSF innebär att en skiljedom är ogiltig om skiljedomen eller det sätt på vilket skiljedomen tillkommit är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige. Frågan som då väcks är huruvida själva tvistlösningsklausulen i ett investeringsskyddsavtals oförenlighet med art. 267 & 344 FEUF innebär att en skiljedom, eller det sätt på vilket skiljedomen tillkommit, är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige.³⁵⁶ I propositionen

³⁵² 43§ 1 st. LSF.

³⁵³ Ogiltighetsgrunden i 33§ 1 st. 1 p. LSF kan troligtvis inte aktualiseras, då en tvist mellan en investerare och en stat om statens brott mot ett investeringsskyddsavtal torde vara en sådan tvist som parterna kan träffa förlikning om, varför den får lämnas till avgörande av en skiljenämnd, jfr 1§ 1 st. LSF och prop. 1998/99:35 *Ny lag om skiljeförfarande*, s. 231. Att situationen inte träffas av 33§ 1 st. 1 p. LSF torde vidare stärkas av det faktum att en stat på ett unionsrättsligt plan kan ingå ett avtal som möjliggör tvistlösning inför en skiljenämnd direkt med en investerare, varför själva de materiella frågorna i en tvist baserat på ett investeringsskyddsavtal kan prövas av en skiljenämnd, om än inte baserat på själva tvistlösningsklausulen i ett EU-internt investeringsskyddsavtal. Se också Hallberg och Östlund, 2018/2019, s. 684-685, som menar att frågan om icke-tillämpligheten av 33§ 1 st. 1 p. LSF alls inte är säker. De lyfter fram att ett eventuellt utbetalande av kompensation vid en förlikning skulle kunna utgöra statsstöd i strid med EU:s konkurrensregler, vilket enligt dem skulle medföra att den bakomliggande tvistefrågan inte skulle vara skiljedomsässig. En sådan bedömning förutsätter dock att ett utbetalande av kompensation vid en förlikning faktiskt utgör statsstöd, vilket uppsatsen återkommer till nedan under verkställighet av skiljedomar under ICSID. Det är dessutom långt ifrån säkert att en tvist trots det inte skulle vara förlikningsbar i meningen av 1§ 1 st. LSF.

³⁵⁴ 33§ 2-3 st. LSF.

³⁵⁵ Jfr Heuman, 2014/15, s. 441-442 och prop. 1998/99:35 *Ny lag om skiljeförfarande* s. 231.

³⁵⁶ Det kan noteras att EU-kommissionen i sin kommunikation avseende konsekvenserna av Achmea är tyst om huruvida skiljedomar baserade på investeringsskyddsavtal kan ogiltigförklaras eller klandras på basis av *ordre public*, snarare menar kommissionen att sådana skiljedomar skall klandras på basis av

sågs att ”i vårt land ges av hävd ordre public-regler en snäv tillämpning. Denna punkt torde därför ytterst sällan bli aktuell”.³⁵⁷ Det torde därmed enligt propositionen bakom LSF krävas högggradigt stötande fall för att bestämmelsen skall aktualiseras.³⁵⁸ Av EU-domstolens avgöranden i *Eco Swiss* och *Mostaza Claro* följer att

”i den mån en nationell domstol enligt interna processuella regler skall bifalla ett yrkande om upphävande av en skiljedom på grund av att den innebär ett åsidosättande av nationella regler som hänför sig till grunderna för rättsordningen, skall den även bifalla ett sådant yrkande som grundar sig på att gemenskapsrättsliga regler av detta slag har åsidosatts”.³⁵⁹

Det är således fråga om att en skiljedom, eller det sätt varpå en skiljedom tillkommit, måste innebära ett uppenbart åsidosättande av grunderna för unionsrättsordningen, vilket innebär att den unionsrättsliga autonomi måste anses utgöra en sådan bestämmelse, samtidigt som en konkret skiljedom utgör ett åsidosättande av denna unionsrättsliga autonomi för att en ogiltighet på grund av *ordre public* skall bli aktuellt. Svea hovrätt har bedömt frågan i en talan om ogiltigförklarande alternativt upphävande av skiljedomen i det ovan beskrivna målet *PL Holdings v Polen*. Vad gäller frågan om skiljedomen stred mot grunderna för rättsordningen menade hovrätten att ”även om skiljedomarna skulle grunda sig på en skiljeklausul som uppenbart strider mot grunderna för rättsordningen leder det alltså inte till att innehållet i skiljedomarna uppenbart strider mot rättsordningen”.³⁶⁰ Vad gäller den andra grunden, det sätt varpå skiljedomen tillkommit, menade hovrätten att det står en EU-medlemsstat fritt att ingå skiljeavtal direkt med en investerare och genom en hänvisning till *Mostaza Claro* menade hovrätten också att *Achmea*-domen inte skyddade någon av parterna, och att det sätt varpå skiljedomen tillkommit inte stred mot grunderna för rättsordningen i Sverige och att 33§ 1 st. 2p. LSF således inte var tillämplig.³⁶¹ Denna bedömning torde stärkas av det faktum att *Achmea* inte förhindrar skiljeförfaranden mellan en medlemsstat och investerare från en medlemsstat, så länge skiljeförfarandena inte baseras på skiljeavtal som är slutet av två eller fler medlemsstater. Parterna kan därmed lika gärna ingå ett skiljeavtal, uttalat eller konkludent, under skiljeförfarandets gång, och genom detta närmast läka det ursprungliga avtalets brister, varpå det sätt som skiljedomen tillkommit inte skulle strida mot unionsrättens grunder.

Det torde trots detta i min mening finnas viss anledning att diskutera riktigheten i Svea hovrätts avgörande på den grund att det inte torde vara klarlagt huruvida skiljedomar, tillkomna på basis av tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringsskyddsavtal, är tillkomna på ett sådant sätt att de uppenbart är oförenliga

att det inte föreligger ett giltigt skiljeavtal, vilket i svensk rätt träffas av 34§ 1 st. 1 p. LSF. Se Meddelande från kommissionen till europaparlamentet och rådet – skydd för EU-interna investeringar, COM(2018)547/F1 s. 3-4.

³⁵⁷ prop. 1998/99:35 *Ny lag om skiljeförfarande*, s. 232.

³⁵⁸ prop. 1998/99:35 *Ny lag om skiljeförfarande*, s. 140 och NJA 2015 s. 438 p. 12.

³⁵⁹ C-168/05 *Mostaza Claro* p. 35, se även C-126/97 *Eco Swiss* p. 37.

³⁶⁰ Svea hovrätts dom T 8538-17, T 12033-17, s. 51.

³⁶¹ Svea hovrätts dom T 8538-17, T 12033-17, s. 52.

med unionens rättsordning.³⁶² Det torde därför i min mening ha varit lämpligt att begära ett förhandsavgörande av EU-domstolen för att avgöra frågan.³⁶³ Det hade exempelvis gått att konstruera en argumentation baserad på att tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringsskyddsavtal, vilka alltså är de underliggande skiljeavtalen som skiljeförfaranden baseras på, är oförenliga med principen om unionsrättens autonomi.³⁶⁴ Att principen om unionsrättens autonomi vidare är en grundval för unionens rättsordning,³⁶⁵ att skiljedomar som är tillkomna baserade på ett skiljeavtal, vilka uppenbarligen är oförenliga med grundvalarna för unionens rättsordning, därmed också skulle kunna vara uppenbart oförenliga med grunderna för unionens rättsordning och således ogiltigförklaras enligt 33§ 1 st. 2 p. LSF, oaktat huruvida de materiella innehållen i skiljedomarna uppenbart är oförenliga med grunderna för unionens rättsordning eller inte.

Detta resonemang torde stärkas av det faktum att EU-domstolen i *Achmea* menade att själva tvistlösningsklausulen i det då aktuella investeringsskyddsavtalet, vilken alltså utgjorde skiljeavtalet mellan den nederländska investeraren och Slovakien, i sig undergrävde unionsrättens autonomi.³⁶⁶ Om EU-domstolen således anser att ett konkret skiljeavtal i sig undergräver unionsrättens autonomi, vilken alltså torde vara en elementär unionsrättslig princip, torde det finnas anledning att diskutera om inte en skiljedom, baserad på ett sådant skiljeavtal, tillkommit på ett sätt som uppenbarligen är oförenligt med grunderna för unionens rättsordning.³⁶⁷ Detta torde kunna gälla oaktat om parterna på annat sätt hade haft möjlighet att sluta ett skiljeavtal för att avgöra en tvist, då en skiljedom i ett sådant fall som i exempelvis *PL Holdings* är tillkommen just på basis av ett skiljeavtal som undergräver den unionsrättsliga autonomi, och därmed inget annat hypotetiskt skiljeavtal. Det torde således, trots resonemangen i Svea hovrätts avgörande, finnas ett visst, om än möjligtvis begränsat, utrymme att diskutera tillämpligheten av 33§ 1 st. 2 p. LSF för att ogiltigförklara skiljedomar baserade på tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringsskyddsavtal.³⁶⁸

³⁶² Se också prop. 1998/99:35 *Ny lag om skiljeförfarande* s. 140: "[ordre public] täcker alltså grundläggande rättsprinciper inte bara av materiell utan också av procedurmässig art". Madsen, menar att det är oklart vilka grova procedurregler som kan föranleda skiljedomens ogiltighet, varför en viss öppning torde finnas för skiljedomar baserade på tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringsskyddsavtal att kunna ogiltigförklaras. Madsen, 2009, s. 263.

³⁶³ Hovrätten menade i domen att någon oklar tolkningsfråga som skulle motivera en begäran om förhandsavgörande inte förelåg i målet, vilket jag inte instämmer i. Se Svea hovrätts dom T 8538-17, T 12033-17, s. 59.

³⁶⁴ C-284/16 *Achmea* p. 59.

³⁶⁵ C-402/05P *Kadi* p. 282.

³⁶⁶ C-284/16 *Achmea* p. 59.

³⁶⁷ Jfr även Paschalidis, 2018, s. 168 som menar att "EU member states courts seized of actions to set aside non-ICSID awards that fall short of the criteria laid down in *Achmea* must set aside or annul these awards on either on the ground that the arbitration agreement is invalid or that the award is contrary to public policy".

³⁶⁸ Det är dock viktigt att komma ihåg att 33§ 1 st. 2 p. LSF restriktiva tillämpning måste tas i beaktande, se exempelvis Heuman, 2003, s. 588-592.

4.1.2 Klander av skiljedom på grund av skiljeavtals ogiltighet

Vad gäller nästa del, gällande klandergrunden i 34§ 1 st. 1 p. LSF kan det konstateras att denna innebär att en skiljedom kan klandras, och därmed upphävas, på talan av en part om skiljedomen inte omfattas av ett giltigt skiljeavtal mellan parterna. Frågan som då väcks är huruvida själva tvistlösningsklausulen, som utgör skiljeavtalet, i ett investeringsskyddsavtals oförenlighet med art. 267 & 344 FEUF innebär att det inte kan anses finnas ett giltigt skiljeavtal mellan parterna i ett skiljeförfarande baserat på ett EU-internt investeringsskyddsavtal. Den avgörande frågan för att bedöma detta är efter vilka regler ett skiljeavtals eventuella ogiltighet skall bedömas. Det är viktigt att notera att separationsprincipen, det vill säga att principen om att vid bedömningen av ett skiljeavtals, som utgör del av ett annat avtal, giltighet skall skiljeavtalet anses som ett särskilt avtal,³⁶⁹ innebär att enbart en tvistlösningsklausul i ett investeringsskyddsavtal skall ses som ett eget avtal. Eftersom ett skiljeförfarande mellan en investerare från en stat och en annan stat nödvändigtvis måste ha en internationell karaktär blir 48§ LSF tillämplig, vilket gör att den lag parterna kommit överens om i första hand skall tillämpas på skiljeavtalet. Av 48§ LSF följer att lagen i det land där förfarandet med stöd av parternas avtal har ägt rum eller skall äga rum, skall tillämpas i avsaknad av en lagvals-klausul på skiljeavtalet. Det torde vara ytterst ovanligt att ett en tvistlösningsklausul i ett investeringsskyddsavtal uttryckligen reglerar att internationell rätt, eller någon annan rätt, skall vara tillämplig på tvistlösningsklausulen, och det torde också vara ytterst ovanligt att en sådan tvistlösningsklausul uttryckligen anger Sverige som sätet för ett skiljeförfarande.³⁷⁰ Snarare torde det närmast uteslutande vara skiljenämnden själv eller ett skiljedomsinstitut eller en investerare som sökt motparten i Sverige, bestämt att skiljeförfarandet skall ha sitt säte i Sverige och därmed gjort svensk rätt till tillämplig rätt på skiljeförfarandet. Zettermarck menar att det inte är alldeles givet att denna situation täcks av 48§ LSF, då skiljeförfarandets säte i detta fall inte direkt följer av parternas avtal.³⁷¹ I propositionen menar regeringen dock, vilket jag instämmer i, att i de fall skiljemännen eller ett skiljedomsinstitut valt Sverige som sätet för skiljeförfarandet skall förfarandelandet anses ha valts med stöd av parternas avtal, varför svensk rätt sålunda i nästan samtliga fall kommer vara tillämplig rätt för att bestämma skiljeavtalets giltighet, om inte parterna uttryckligen bestämt att en annan rättsordning gäller för själva tvistlösningsklausulen i investeringsskyddsavtalet.³⁷²

³⁶⁹ 3§ LSF.

³⁷⁰ Jfr exempelvis art. 26(6) ECT, som anger att en skiljenämnd skall ”decide the issues in dispute” enligt ECT och folkrätten, men är tyst vad gäller tillämplig rätt på själva skiljeavtalet. Bland annat Zettermarck menar att en sådant lagvals-klausul inte gäller själva skiljeavtalet, då det krävs att skiljeavtalet uttryckligen regleras av en lagvals-klausul, se Zettermarck, 2006, s. 106 och prop. 1998/99:35 *Ny lag om skiljeförfarande*, s. 191.

³⁷¹ Zettermarck, 2006, s. 107.

³⁷² prop. 1998/99:35 *Ny lag om skiljeförfarande*, s. 191. Se även Lindskog, 2012, s. 1106, not. 26. Lindskog menar i samma not att ett undantag gäller i det fall en investerare har kunnat söka motpartsstaten i såväl ”Sverige som något annat land och därvid utnyttjat sin möjlighet att välja svensk rätt för förfarandet”. Ett skiljeförfarande baserat på en tvistlösningsklausul i ett

Detta innebär således att själva tvistlösningsklausulens giltighet skall bestämmas i enlighet med svensk rätt i de fall skiljeförfarandet har sitt säte i Sverige och parterna uttryckligen inte bestämt en annan rätts tillämplighet på skiljeavtalet. Eftersom Sverige ratificerat Wienkonventionen och denna konvention gäller på traktat mellan stater, vilket en tvistlösningsklausul i ett investeringskyddsavtal är, torde Wienkonventionen följaktligen kunna vara tillämplig för att bedöma en tvistlösningsklausuls giltighet.³⁷³ En bedömning av skiljeavtalets giltighet torde därmed ske enligt de principer uppsatsen skisserat ovan i avsnittet om ett folkrättsligt perspektiv på tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringskyddsavtal, innebärandes att art. 30(3) tillämpas på tvistlösningsklausulerna i de bilaterala investeringskyddsavtalen och därigenom finner att de inte är tillämpliga, och därmed ogiltiga och möjliga att klandra enligt 34§ 1 st. 1 p. LSF. För skiljedomar baserade på art. 26 ECT är frågan mer komplicerad, och torde få avgöras av rättstillämpningen enligt de principer uppsatsen ovan skisserat, vilket innebär att inte alla skiljedomar som tillkommit på basis av art. 26 ECT kan anses vara ogiltiga från ett traktaträttsligt perspektiv.

Det skall dock noteras att en domstol sannolikt inte behöver göra en bedömning av skiljeavtalets giltighet enligt Wienkonventionen. Eftersom den ovanstående unionsrättsliga undersökningen visar att art. 267 & 344 FEUF utgör hinder för tvistlösningsklausuler i bilaterala investeringskyddsavtal samt EU-interna skiljeförfaranden baserade på art. 26 ECT, kan sådana tvistlösningsklausuler inte tillämpas i unionen, varför dessa skiljeavtal torde ses som ogiltiga inom unionen.³⁷⁴ Genom principen om lojalt samarbete i art. 4.3 FEU kan det också konstateras att domstolar i EU-medlemsstater har en skyldighet att ge unionsrätten dess fulla verkan och tolka nationell rätt unionskonformt.³⁷⁵ Således torde det åligga varje svensk domstol som skall pröva frågan om ett skiljeavtals i ett investeringskyddsavtal giltighet att avgöra frågan konformt med unionsrätten, vilket torde kräva att dessa bedöms vara ogiltiga, och därmed klanderbara enligt 34§ 1 st. 1 p. LSF. Visserligen

investeringskyddsavtal torde dock inte träffas av denna situation, varför den inte närmare skall diskuteras här.

³⁷³ Jfr Hallberg och Östlund, 2018/2019, s. 682, SOU 1974:100 *Internationella överenskommelser och svensk rätt*, s. 80, samt Svea hovrätts domar 9128-14, s. 4 och 2675-14, s. 46, där hovrätten tolkade de underliggande investeringskyddsavtalen i enlighet med Wienkonventionen. Dock har inte Wienkonventionen inkorporerats som svensk lag, vilket torde innebära att den inte direkt blir tillämplig internrättsligt, jfr Bring, Mahmoudi, Wrangle, 2014, s. 63. Eftersom Wienkonventionen dock i det närmaste får anses tillhöra den allmänna folkrätten, där dualismen inte är lika stark, och ”i rättspraxis har ett visst monistiskt inflytande gjort sig gällande och ”allmänt erkända folkrättsliga grundsatser” har tillämpats trots avsaknad av lagstöd”, torde Wienkonventionen kunna tillämpas för att bedöma ogiltigheten av skiljeavtal i investeringskyddsavtal, se Bring, Mahmoudi, Wrangle, 2014, s. 64.

³⁷⁴ Se C-478/07 *Budějovický Budvar* p. 98, där domstolen skriver: ”då de ifrågavarande bilaterala avtalen fortsättningsvis gäller två medlemsstater, kan bestämmelserna i dessa avtal inte tillämpas på förbindelserna mellan de två staterna om de visar sig strida mot gemenskapsrätten”.

³⁷⁵ Derlén, Lindholm och Naarttijärvi, 2016, s. 191.

menar uppsatsen att detta även skulle bli resultatet av en tolkning enligt Wienkonventionen och andra allmänna folkrättsliga principer, i vart fall vad gäller bilaterala EU-interna investeringsskyddsavtal. I de fall en traktaträttslig tolkning av art. 26 ECT skulle innebära att denna inte anses ogiltig torde unionsrätten, i det fall denna faktiskt innebär att art. 26 ECT är oförenlig med art. 267 & 344 FEUF, ges företräde framför en traktaträttslig tolkning av skiljeavtalen.³⁷⁶ Följaktligen torde samtliga EU-interna skiljedomar baserade på ett bilateralt investeringsskyddsavtal eller art. 26 ECT kunna klandras enligt 34§ 1 st. 1 p. LSF, på den grund att de är unionsrättsligt ogiltiga, och därmed även ogiltiga under svensk rätt. Denna tolkning är således oberoende av en traktaträttslig tolkning av avtalen.³⁷⁷

Kort skall det slutligen noteras att hovrätten i det ovan nämnda målet i Svea hovrätt inte närmare prövade frågan om tillämpligheten av 34§ 1 st. 1 p. LSF:s tillämplighet, på den grund att Polen inte åberopat denna invändning genast i skiljeförfarandet, varför den enligt hovrätten ansågs prekluderad.³⁷⁸

4.2 Verkställighet av utländska skiljedomar baserade på tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringsskyddsavtal

Verkställigheten av utländska skiljedomar i Sverige regleras av 52-60§§ LSF. Som huvudregel erkänns och verkställs skiljedomar som grundar sig på skiljeavtal,³⁷⁹ om inte någon av förutsättningarna i 54-55§§ LSF är uppfyllda.³⁸⁰ De hinder för erkännande och verkställighet som potentiellt torde kunna bli tillämpliga på skiljedomar baserade på tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringsskyddsavtal torde vara 54§ 1 p. LSF samt 55§ 2 p. LSF. Av 54§ 1 p. LSF framgår det att en utländsk skiljedom inte erkänns och kan vägras verkställighet i Sverige ”om den part som skiljedomen åberopas mot visar [...] att skiljeavtalet är ogiltigt enligt den lag som enligt parternas överenskommelse ska tillämpas eller, i avsaknad av varje anvisning i sådant hänseende, enligt lagen i det land där skiljedomen har meddelats”. Det är således, i avsaknad av en uttrycklig lagvals-klausul gällande skiljeavtalet, skiljeförfaranderegleringen i ett skiljeförfarandes *lex loci arbitri* som är den

³⁷⁶ Jfr NJA 2014 s. 79 p. 15, där högsta domstolen uttalar att ”Principen om unionsrättens företräde innebär att svenska domstolar och myndigheter är förhindrade att tolka en bestämmelse som har beslutats på EU-nivå på ett sätt som ändrar dess innehåll eller effekt och att de är bundna av EU-domstolens tolkning av EU-rätten”. Se också Warnling Konradsson, Bernitz, Sandström & Åhman, 2018, s. 169-170.

³⁷⁷ Jfr också Hallberg & Östlund, 2018/2019, s. 682.

³⁷⁸ Svea hovrätts dom T 8538-17, T 12033-17, s. 54-55 & 58.

³⁷⁹ 53§ LSF.

³⁸⁰ Av prop. 1998/99:35 *Ny lag om skiljeförfarande*, s. 197 framgår det att 54-55§§ LSF speglar art. V i SÖ 1972:1, *New York-konventionen om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar*, varför denna måste beaktas vid tolkningen och tillämpningen av 54-55§§ LSF. Det krävs därmed också att konventionens syfte, att underlätta skiljedomsverkställighet, bör beaktas vid tillämpningen av konventionen, se NJA 2018 s. 504 p. 16 samt där angivna referenser.

rättsordning varefter skiljeavtalets giltighet skall bedömas. Skiljeavtalets giltighet skall följaktligen inte bedömas enligt den svenska rättsordningen, varför en domstol som ställs inför en fråga om verkställighet saknar möjlighet att bedöma ett skiljeavtals giltighet enligt svensk rätt, såtillvida parterna inte uttryckligen bestämt att svensk rätt är tillämplig på skiljeavtalet.³⁸¹ Detta gäller särskilt i beaktande av regleringens syfte, det vill säga att underlätta verkställighet av skiljedomar.

Det finns dock en viss möjlighet, genom en tillämpning av 55§ 2 p. LSF att utländska skiljedomar baserade på tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringskyddsavtal inte erkänns och verkställs i Sverige. Denna punkt motsvarar till ordalydelsen *ordre public*-stadgandet i 33§ 1 st. 2 p. LSF, varför uppsatsen hänvisar till diskussionen rörande det stadgandets tillämplighet och konstaterar att det kan finnas en begränsad möjlighet att 55§ 2 p. LSF kan tillämpas.

4.2.1 Verkställighet av skiljedomar som tillkommit under ICSID

Verkställigheten av skiljedomar som tillkommit under ICSID regleras inte av LSF, utan av en egen lag,³⁸² Lag (1966:735) om erkännande och verkställighet av skiljedomar i vissa internationella investeringstvister, vilken innebär att

”Skiljedom, som meddelats enligt den i Washington den 18 mars 1965 dagtecknade konventionen om biläggande av investeringstvister mellan stat och medborgare i annan stat, gäller här i riket. Innehåller skiljedomen förpliktelse att utge pengar, verkställs den som svensk domstols dom vilken äger laga kraft, om ej uppskov med verkställigheten beslutas enligt konventionens föreskrifter”.

Departementschefen uttalade i anslutning till lagen att

”Någon prövning av skiljedomen avses inte få ske vare sig i materiellt eller formellt avseende. Detta konventionsåtagande, som regleras i art. 54, gäller oberoende av om domen har meddelats i Sverige eller i annat land. Med hänsyn till de regler som omgärdar hela skiljeförfarandet enligt konventionen har man anledning räkna med att en skiljedom skall fylla de krav som vi ställer här i landet från rättssäkerhetssynpunkter”.³⁸³

En svensk lagakraftvunnen dom kan vägras verkställighet på basis av att svaranden fullgjort eller kvittat sin skyldighet eller,³⁸⁴ kan påvisa att annat förhållande som rör parternas mellanhavande utgör hinder mot verkställighet,³⁸⁵ varför verkställigheten av

³⁸¹ Jfr också Lindskog, 2012, s. 1166.

³⁸² Se också prop. 1998/99:35 *Ny lag om skiljeförfarande*, s. 37.

³⁸³ Prop. 1966:146 *Med förslag till lag om erkännande och verkställighet av skiljedomar i vissa internationella investeringstvister*, s. 11-12.

³⁸⁴ 3 kap. 21§ 1 st. Utsökningsbalk (1981:774). Jfr också prop. 1980/81:8 *Med förslag till utsökningsbalk*, s. 323 och Gregow, 2012, s. 96 och 99-101.

³⁸⁵ 3 kap. 21§ 2 st. Utsökningsbalk. I prop. 1980/81:8 *Med förslag till utsökningsbalk*, s. 328, framgår det att invändning avseende parternas mellanhavande tar strikt sikte på det materiella rättsförhållandet mellan parterna, inte de allmänna formella förutsättningarna för verkställighet, varför en verkställighet

en skiljedom meddelad under ICSID endast torde kunna vägras verkställighet på dessa grunder. Även om en skiljedom, meddelad under ICSID, skulle grundas på en egentlig traktaträttsligt felaktig bedömning avseende tillämpligheten av en tvistlösningsklausul i ett EU-internt investeringsskyddsavtal, eller om en skiljedom meddelad på basis av en sådan tvistlösningsklausul skulle kunna strida mot en unionsrättslig *ordre public*,³⁸⁶ finns det inga möjligheter eller unionsrättsliga skyldigheter att i den svenska rättsordningen vägra verkställighet av skiljedomen.³⁸⁷

I svensk tingsrättspraxis finns det exempel på att *Micula*-skiljedomen, vilket redogjorts för ovan, vägrats verkställighet på den grund att en utbetalning enligt skiljedomen, enligt EU-kommissionen, skulle innebära olagligt statsstöd enligt art. 107 FEUF, varför svenska myndigheter enligt tingsrätten hade en unionsrättslig skyldighet att inte bidra till att sätta kommissionens beslut ur spel genom att verkställa skiljedomen.³⁸⁸ Enligt tingsrätten hade samma resonemang även gällt en lagkraftvunnen svensk dom, varför tingsrätten menade att det inte fanns en normkonflikt med ICSID eller lag 1966:735. Då detta mål dels endast är en tingsrättsdom, dels endast rörde icke-verkställighet på grund av de unionsrättsliga statsstödsreglerna, och således inte på grund av skiljeavtalets EU-interna karaktär och detta skiljeavtals oförenlighet med art. 267 & 344 FEUF, är det egentligen överflödigt att närmare diskutera domen inom ramen för uppsatsen. Som Tietje och Wackernagel visat påverkar inte det faktum att en tvistlösningsklausul i ett EU-internt investeringsskyddsavtal är oförenligt med art. 267 & 344 FEUF bedömningen om ett utbetalande av ersättning enligt en därpå grundad skiljedom utgör statsstöd i mening av art. 107 FEUF, eller inte.³⁸⁹ Bedömningen av huruvida utbetalandet av en ersättning utgör statsstöd skall istället avse en skiljedoms materiella innehåll, då Tietje och Wackernagel korrekt menar att ”if an investment arbitration gave the investor the possibility to recover the benefits of a domestic regime that is inconsistent with Article 107 TFEU, enforcement of the investment award would amount to granting new illegal state aid”.³⁹⁰ Vad som därmed står klart är att det

av en lagkraftvunnen dom inte torde kunna hindras på grund av att en sådan skulle strida mot unionsrätten, då detta inte tar sikte på det materiella rättsförhållandet mellan parterna.

³⁸⁶ Jfr C-126/97 *Eco Swiss* p. 37, där EU-domstolen menar att unionsrättslig *ordre public* skall jämföras med nationellrättslig *ordre public*, men att denna endast skall beaktas när det finns utrymme att beakta nationellrättslig *ordre public*. I relation till ICSID-skiljedomar finns ingen möjlighet att beakta nationellrättslig *ordre public* vid verkställandet, varför det inte heller torde finnas varken en möjlighet eller en skyldighet att beakta unionsrättslig *ordre public* vid verkställandet av en ICSID-skiljedom.

³⁸⁷ Se Prop. 1966:146 *Med förslag till lag om erkännande och verkställighet av skiljedomar i vissa internationella investeringstvister*, s. 8: ”Konventionsreglerna innebär emellertid att invändningar mot skiljedomen i materiellt eller formellt avseende inte får beaktas i verkställighetskedet”. Se även Schreuer, 2009, s. 1140-1141, där Schreuer menar att ICSID-konventionens förarbeten och historik tydligt visar att de inhemska organ som skall erkänna och verkställa en skiljedom inte på något sätt får granska och ompröva skiljedomen, inte ens om denna strider mot *ordre public* eller folkrätten.

³⁸⁸ Nacka tingsrätt Å 2550-17 s. 13.

³⁸⁹ Se Tietje & Wackernagel, 2015, s. 219-224 och däri angiven EU-domstolspraxis.

³⁹⁰ Se Tietje & Wackernagel, 2015, s. 222. Jfr också EU-kommissionens beslut: Commission Decision (EU) 2015/1470 of 30 March 2015 on state aid SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) implemented by

faktum att själva tvistlösningsklausulen i ett skiljeavtal är oförenlig med art. 267 & 344 FEUF inte i sig påverkar en skiljedoms verkställighet i enlighet med lag 1966:735 och art. 54 ICSID-konventionen.

4.3 Avslutande kommentarer avseende skiljedomar i en svensk kontext

Som framställningen ovan har visat finns det en potentiell, om än begränsad, möjlighet för svenska domstolar att ogiltigförklara skiljedomar från skiljeförfaranden med säten i Sverige baserade på tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringsskyddsavtal med hänsyn till *ordre public* i 33§ 1 st. 2 p. LSF. Det finns däremot en möjlighet och skyldighet för svenska domstolar att vid en klandertalan mot en sådan skiljedom upphäva skiljedomen på den grund att den inte omfattas av ett giltigt skiljeavtal enligt 34§ 1 st. 1 p. LSF, under förutsättning att invändningen inte prekluderats. Vad gäller erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar baserade på tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringsskyddsavtal finns det också en potentiell, om än begränsad, möjlighet för svenska domstolar att inte erkänna och verkställa sådana skiljedomar med hänsyn till *ordre public* i 55§ 2 p. LSF eller med hänsyn till avsaknad av ett giltigt skiljeavtal enligt 54§ 1 p. LSF i det fall skiljeavtalet är ogiltigt enligt den lag som enligt parternas överenskommelse ska tillämpas på skiljeavtalet, eller annars enligt lagen i det land där skiljedomen har meddelats. Vad gäller skiljedomar meddelade under ICSID finns det ingen möjlighet, eller för den delen unionsrättslig skyldighet, att med hänsyn till skiljedomens EU-interna element vägra verkställighet.³⁹¹ Det är således långt ifrån säkert att en skiljedom baserad på en tvistlösningsklausul i ett EU-internt investeringsskyddsavtal förklaras ogiltig, upphävs eller på annat sätt vägras verkställighet. Av detta torde slutsatsen kunna dras att *Achmea*, såtillvida den inte anses innebära att skiljedomar baserade på tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringsskyddsavtal strider mot en unionsrättslig *ordre public*, främst riktar sig mot medlemsstaterna och innebär att dessa har en skyldighet att avsluta sina EU-interna investeringsskyddsavtal och omförhandla art. 26 ECT till att inte gälla rent EU-interna förhållanden samt att inte följa skiljedomar baserade på tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringsskyddsavtal.³⁹²

Romania—Arbitral award *Micula v Romania* of 11 December 2013 (notified under document C(2015) 2112) [2015] OJ L 232, 43, s. 102-108.

³⁹¹ Låt vara att en sådan skyldighet potentiellt kan uppkomma om skiljedomen i sig anses innebära statsstöd i strid med art. 107 FEUF, men då en tvistlösningsklausul i ett EU-internt investeringsskyddsavtal är irrelevant för en sådan bedömning lämnas den diskussionen därhän i denna uppsats.

³⁹² En stats efterföljande av en skiljenämnds, baserat på EU-internt investeringsskyddsavtal, utslag innebär att en tvist mellan staten och investeraren löses. Då det strider mot art. 344 FEUF att lösa tvister baserade på EU-interna investeringsskyddsavtal mellan stat och investerare genom ett skiljeförfarande torde själva statens efterföljande av skiljedomen kunna strida mot art. 344 FEUF.

5 Avslutande diskussion

Uppsatsen har syftat till att undersöka huruvida tvistlösningsklausuler i bilaterala investeringskyddsavtal mellan EU-medlemsländer och art. 26 ECT, är förenliga med EU:s primärrätt och vad en eventuell oförenlighet får för juridiska konsekvenser. Som uppsatsen visat i avsnittet om relationen mellan unionsrätten och tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringskyddsavtal har EU-domstolen genom *Achmea* vägrat skiljeförfaranden baserade på sådana tvistlösningsklausuler inträde i det unionsrättsliga landskapet genom att bedöma dem oförenliga med art. 267 & 344 FEUF. Denna slutsats måste anses gälla samtliga tvistlösningsklausuler i samtliga EU-interna bilaterala investeringskyddsavtal, samt i vart fall det unionsinterna elementet av art. 26 ECT. EU-domstolens slutsats kan visserligen ses som ett logiskt utflöde av den flerfaldigt fastslagna och grundläggande principen om unionsrättens autonomi samt principen om ömsesidigt förtroende mellan medlemsstaterna.

Som uppsatsen också visat hade EU-domstolen inte nödvändigtvis behövt bedöma att tvistlösningsklausulerna är oförenliga med art. 267 & 344 FEUF. EU-domstolen hade istället kunnat bedöma skiljenämnder, upprättade på basis av tvistlösningsklausuler i investeringskyddsavtal, vilka har sina säten inom unionen, som domstolar i enlighet med art. 267 FEUF, vilket skulle innebära att dessa skulle kunna begära förhandsavgöranden från EU-domstolen, varpå EU-domstolen skulle kunna försäkra en enhetlig och koherent tolkning och tillämpning av unionsrätten. EU-domstolen hade också kunnat bedöma skiljeförfarandena på samma sätt som den bedömer skiljeförfaranden baserade på kommersiella avtal, det vill säga finna dessa förenliga med EU-fördragen då nationella domstolar, och därmed i slutändan EU-domstolen, kan tillse att unionsrätten tolkas och tillämpas korrekt av skiljenämnderna. Detta bevisas inte minst av det faktum att ett mål som *Achmea* i slutändan kunde prövas av EU-domstolen, vilket torde visa att en enhetlig unionsrättslig tolkning och tillämpning hade kunnat tillgodoses utan att förklara samtliga tvistlösningsklausuler oförenliga med art. 267 & 344 FEUF.

Genom en sådan tillämpning skulle EU-domstolen inte behövt skapa en potentiell inkoherens för medlemsstaterna på ett folkrättsligt plan, utan att för den sakens skull riskera att undergräva principen om unionsrättens autonomi. Den unionsrättsliga autonomin skulle således kunna bevaras så länge skiljeförfarandena befann sig inom EU-domstolens räckvidd genom ett krav på att skiljeförfarandena skulle ha sina säten inom unionen för att dessa skulle anses förenliga med principen om den unionsrättsliga autonomin. Genom att inte följa denna lösning har EU-domstolen i sitt bevarande av den unionsrättsliga autonomin själva skapat oförenligheten mellan skiljeförfarandena och EU-fördragen, och därmed den potentiella inkoherens som föreligger för medlemsstaterna på ett folkrättsligt plan.

Som uppsatsen visat har skiljenämnder som prövat frågan om förenligheten mellan tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringskyddsavtal samt art. 26 ECT och EU-fördragen varit ovilliga att erkänna en oförenlighet, även om den efter *Achmea*

måste ses som uppenbar. Det finns således en stor potentiell risk att framtida skiljenämnder fortsatt bedömer frågan på samma sätt, vilket nödvändigtvis skulle innebära att de aktuella staterna skulle ställas inför två motstridiga förpliktelser, vilka inte kan uppfyllas samtidigt. En sådan situation torde i min mening vara ett exempel på ren inkoherens.

För att bemöta denna rena inkoherens har uppsatsen visat att skiljenämnderna kan använda sig av principen *lex posterior derogat legi priori* och inte tillämpa tvistlösningsklausuler i bilaterala EU-interna investeringsskyddsavtal och möjligtvis vad gäller art. 26 ECT för de stater som blivit medlemmar i EU efter ECT. En tillämpning av *lex posterior*-principen torde vara det främsta verktyget för att hantera den potentiella inkoherensen på ett systemimmanent sätt genom att skiljenämnder vid en sådan tillämpning skulle bedöma sig sakna behörighet att avgöra en tvist, varpå en förpliktande skiljedom inte skulle uppkomma. Om en skiljenämnd inte använder sig av detta verktyg eller i övrigt behandlar en tvist rörande ECT, särskilt innehållandes en stat som blivit medlem i EU innan ECT, riskerar en skiljedom att uppkomma vilken skulle kunna innebära att en stat har en folkrättslig förpliktelse som står i strid med dess unionsrättsliga förpliktelse enligt art. 344 FEUF.

Problemet är sålunda att samtliga rättstillämpare inom ramen för uppsatsens intresseområde avgör tvister med utgångspunkt i tillämparnas konstituerande akter, vad gäller EU-domstolen är utgångspunkten EU-fördragen och vad gäller skiljenämnder är utgångspunkten ett konkret investeringsskyddsavtal. Således uppstår en form av decentraliserad normhierarki, där hänsyn inte nödvändigtvis tas till staternas sammantagna folkrättsliga plikter och där systemets koherens inte är ett bestämmande normativt värde. Det uppstår därigenom en övergripande systematisk inkoherens då staterna potentiellt måste följa två motstridiga förpliktelser, vilka inte kan efterlevas samtidigt, vilket måste sägas vara ett exempel på den fragmentisering av den internationella rätten som nämndes i uppsatsens teoriavsnitt.

En sådan inkoherens är enligt mig i grunden oproblematiserad inom den nationella rätten, då en sådan skiljedom kan hanteras av en nationell domstol utan att en konflikt med unionsrätten nödvändigtvis uppstår. Om en sådan konflikt likväl skulle föreligga hanteras denna genom att unionsrätten ges företräde. Vad gäller den folkrättsliga inkoherensen är lösningen på problematiken i grunden en politisk fråga. Som Fischer-Lescano och Teubner påpekat, "in the place of an illusory integration of a differentiated global society, law can only, at the very best, offer a kind of damage limitation. Legal instruments cannot overcome contradictions between different social rationalities".³⁹³ Uppsatsen har visat hur juridiken i vissa fall har verktyg som kan användas som en form av skademinimering, men om dessa inte används föreligger en problematik med såväl juridisk som framförallt politisk karaktär.³⁹⁴

³⁹³ Fischer-Lescano & Teubner, 2004, s. 1045.

³⁹⁴ Jfr Klabbers, 2009, s. 88-89.

Enligt Koskenniemi är det dock inte säkert att en politisk problematik överhuvudtaget föreligger, då han menar att:

”There is no belief in the a priori justice of the system, there are few generalized forms of behaviour, and there is no reason to fear the inconvenience of a sanction. With good reason, states assume that deviation will be normally accepted by their peers once they are informed of the compelling justifications that led to it. In such case, deviation simply enacts a reasonable exception to the rule”.³⁹⁵

Huruvida Koskenniemi har rätt eller inte är bortom möjligheterna för denna uppsats att undersöka. Istället vill jag trots allt påstå att en juridisk problematik föreligger, då den teoretiska koherenssynen lika gärna kan appliceras på den folkrättsliga ordningen som den nationelrättsliga ordningen. För att rättsordningen skall kunna ses som en fungerande helhet krävs en systemintern koherens, vilket uppsatsen visat potentiellt inte existerar i fråga om tvistlösningsklausuler i EU-interna investeringsskyddsavtal.

Lösningen på denna inkoherens är i grunden politisk, samtliga bilaterala EU-interna investeringsskyddsavtal behöver omförhandlas genom att deras solnedgångsklausuler tas bort, varefter avtalen behöver sägas upp med omedelbar verkan. Vad gäller ECT behöver denna omförhandlas till att inte inkludera ett EU-internt element i art. 26. Detta kan antingen ske genom att en *disconnection-clause* inkluderas i ECT, eller genom att art. 26 omformuleras till att exkludera tvister mellan investerare från en EU-medlemsstat och en annan medlemsstat. Om dessa åtgärder inte vidtas riskerar unionsrättsligt oförenliga skiljedomar att uppkomma, varpå medlemsstaterna måste välja huruvida de vill uppfylla sina unionsrättsliga förpliktelser eller sina folkrättsliga förpliktelser, ett val juridiken inte kan avgöra.

³⁹⁵ Koskenniemi, 1997, s. 575.

6 Referenser

Rättsfall från EU-domstolen

- C-10/61 *Kommissionen v. Italien* (EU:C:1962:2).
C-6/64 *Costa v ENEL* (EU:C:1964:66).
C-21-24/72 *United Fruits* (EU:C:1972:115).
C-102/81 *Nordsee* (EU:C:1982:107).
Yttrande 1/91 (EU:C:1991:490).
C-3/91 *Exportur* (EU:C:1992:420).
C-124/95 *Centro-Com* (EU:C:1997:8).
C-337/95 *Dior* (EU:C:1997:517).
C-176-177/97 *Kommissionen v. Belgien och Luxemburg* (EU:C:1998:285).
C-126/97 *Eco Swiss* (EU:C:1999:269).
Yttrande 1/00 (EU:C:2002:231).
C-469/00 *Ravil SARL v. Bellon import SARL and Biraghi SpA* (EU:C:2003:295).
C-459/03 *Mox Plant* (EU:C:2006:345).
C-168/05 *Mostaza Claro* (EU:C:2006:675).
C-402/05P & C-415/05P *Kadi* (EU:C:2008:461).
C-478/07 *Budějovický Budvar* (EU:C:2009:521).
Yttrande 1/09 (EU:C:2011:123).
C-394/11 *Belov* (EU:C:2013:48).
C-537/11 *Manzi och Compagnia Naviera Orchestra* (EU:C:2014:19).
C-555/13 *Merck Canada* (EU:C:2014:92).
C- 377/13 *Ascendi* (EU:C:2014:1754).
Yttrande 2/13 (EU:C:2014:2454).
C-536/13 *Gazprom* (EU:C:2015:316).
C-567/14 *Genentech* (EU:C:2016:256).
Yttrande 1/15 (EU:C:2016:656).
C-266/16 *Western Sahara* (EU:C:2018:118).
C-284/16 *Achmea* (EU:C:2018:158).
C-621/18 *Wightman* (EU:C:2018:999).

Skiljedomar och annan folkrättslig praxis

A11Y Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. UNCT/15/1, Decision on jurisdiction, 9 February 2017, [A11Y Ltd. v Tjeckien].

Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic), Award, 2012, [cit. Eureko v Slovakien, award].

Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic), Decision on jurisdiction, arbitrability and suspension, 2012, [cit. Eureko v Slovakien, decision].

AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erözü Kft. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. Arb/07/22, Award, 23 September 2010, [cit. AES v Ungern].

Anglia auto accessories Ltd. v. The Czech Republic, SCC Case No. V2014/181, Final Award, 10 March 2017, [cit. Anglia v Tjeckien].

ANTARIS GMBH & DR MICHAEL GÖDE v THE CZECH REPUBLIC, PCA Case No. 2014-01, Award, 2 May 2018, [cit. Antaris v Tjeckien].
Binder v. The Czech Republic, Award on Jurisdiction, 2007, [cit. Binder v Tjeckien].

Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier & Michael Stein v. The Italian Republic, ICSID Case No. Arb/14/3, Award, 27 December 2016, [cit. Blusun v Italien].

Charanne B.V. & Construction Investments S.A.R.L. v. The Kingdom of Spain, SCC Case No. V062/2012, Final Award, 21 January 2016, Inofficiell översättning av MENA Chambers, [cit. Charanne v Spanien].

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, s. 639 [cit. Diallo, ICJ, 2010].

Eastern Sugar B.V. v. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27 March 2007, [cit. Eastern Sugar v Tjeckien].

EDF International S.A. v. The republic of Hungary, se:
<https://energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/investment-dispute-settlement-cases/25-edf-international-sa-france-v-republic-of-hungary/> (senast hämtad 2019-04-16), [cit. EDF International v Ungern].

Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. Arb/13/36, Award, 4 May 2017, [Eiser v Spanien].

Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. Arb/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, [cit. Electrabel v Ungern].

European American Investment Bank AG v. The Slovak Republic, PCA Case No. 2010-17, Award on Jurisdiction, 22 October 2012, [cit. EURAM v Slovakien].

(1) FORESIGHT LUXEMBOURG SOLAR 1 S.À.R.L. (2) FORESIGHT LUXEMBOURG SOLAR 2 S.À.R.L. (3) GREENTECH ENERGY SYSTEMS A/S (4) GWM RENEWABLE ENERGY I S.P.A. (5) GWM RENEWABLE ENERGY II S.P.A. v. The Kingdom of Spain, SCC Case No. V 2015/150, Final Award, 14 november 2018, [cit. Foresight v Spanien].

Gavrilović and Gavrilović d.o.o. v. Republic of Croatia, ICSID Case No. ARB/12/39, Decision on the respondents request 4 april, 30 April 2018, [cit. Gavrilović v Kroatien].

Isolux Netherlands BV v. The Kingdom of Spain, SCC Case V2013/53, Award, 17 July 2016, [cit. Isolux v Spanien].

Jan Oostergetel & Theodora Laurentius v. The Slovak Republic, Decision on Jurisdiction, 2010, [cit. Oostergetel v Slovakien].

Mr. Jürgen Wirtgen Mr. Stefan Wirtgen Mrs. Gisela Wirtgen JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. The Czech Republic, PCA Case No. 2014-03, Final Award, 11 October, [cit. JSW Solar v Tjeckien].

Marfin Investment Group Holdings S.A., Alexander Bakatselos and others v. The Republic of Cypern, ICSID Case No. Arb/13/27, Award, 26 July 2018, [cit. Marfin v Cypern].

MASDAR SOLAR & WIND COOPERATIEF U.A. v The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/01/, Award, 16 May 2018, [cit. Masdar v Spanien].

Nottebohm case (Preliminary Objections,) Judgment of November 18th, 1953: I.C.J. Reports 1953, p. I I I, [cit. Nottebohm, ICJ, 1953].

Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain, SCC Case No. 2015/063, Final Arbitral Award, 15 February 2018, [Novenergia v Spanien].

Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. Arb/05/20/, Award, 11 December, 2013, [cit. Micula v Rumänien, award].

I.P. Busta & J.P. Busta v. The Czech Republic, SCC Case V2015/014, Final Award, 10 March 2017, [I.P. Busta v Tjeckien].

PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland, SCC Case V2014/163, Partial Award, 28 February 2017, [PL Holdings v Polen].

The PV Investors v. The Kingdom of Spain, PCA Case No. 2012-14, [cit. PV Investors v Spanien].

RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. Arb/13/30, Decision on Jurisdiction, 6 June 2016, [RREEF v Spanien].

Saipem SpA v The People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 March 2007, [cit. Saipem v Bangladesh].

UP and C.D Holding Internationale v. Hungary, ICSID Case No. ARB/13/35, Award, 9 October 2018, [cit. UP v Ungern].

WNC Factoring Ltd v The Czech Republic, PCA Case No. 2014-34, Award, 22 February 2017, [cit. WNC Factoring v Tjeckien].

1. VATTENFALL AB; 2. VATTENFALL GMBH; 3. VATTENFALL EUROPE NUCLEAR ENERGY GMBH; 4. KERNKRAFTWERK KRÜMMEL GMBH & CO. OHG; 5. KERNKRAFTWERK BRUNSBÜTTEL GMBH & CO. OHG v The Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12, *Decision on the Achmea Issue*, 31 August 2018, [cit. Vattenfall v Tyskland].

Svenska rättsfall

NJA 2018 s. 504.

NJA 2014 s. 79.

Svea hovrätt 8538-17, 12033-17.

Svea hovrätt 9128-14.

Svea hovrätt 2675-14.

Nacka tingsrätt Ä 2550-17.

Offentligt tryck

Prop. 2004/05:131 *En modernare rättegång - reformering av processen i allmän domstol.*

Prop. 1998/99:35 *Ny lag om skiljeförfarande.*

Prop. 1980/81:8 *Med förslag till utsökningsbalk.*

Prop. 1966:146 *Med förslag till lag om erkännande och verkställighet av skiljedomar i vissa internationella investeringstvister.*

SOU 1974:100 *Internationella överenskommelser och svensk rätt.*

Folkrättsliga källor

United Nations, Charter of the United Nations, 24 oktober 1945, 1 UNTS XVI.

Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, in Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-third Session, UN GAOR, 56th Sess., Supp. No. 10, at 43, UN Doc. A/56/10 (2001).

Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic, [cit. Nederländerna-Slovakien BIT].

Convention on Mutual Administrative Assistance on Tax Matters, European treaty series no. 127.

1989 European Convention on Transfrontier Television, European Treaty Series, no. 132.

Protocol to the Convention on Insider Trading, European treaty series, no. 133.

SÖ 1966:51, Konvention om biläggande av investeringstvister mellan stat och medborgare i annan stat.

SÖ 1972:1, New York-konventionen om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar.

SÖ 1975:1, Wienkonventionen om traktaträtten.

SÖ 1987:79, Avtal med Ungern om främjande och ömsesidigt skydd av investeringar.

SÖ 1990:2, Överenskommelse med Polen om främjande och ömsesidigt skydd av investeringar.

SÖ 1991:42, Överenskommelse jämte protokoll med Tjeckiska och Slovakiska Federativa Republiken om främjande och ömsesidigt skydd av investeringar.

SÖ 1992:92, Överenskommelse med Litauen om främjande och ömsesidigt skydd av investeringar.

SÖ 1992:93, Överenskommelse med Lettland om främjande och ömsesidigt skydd av investeringar.

SÖ 1992:94, Överenskommelse med Estland om främjande och ömsesidigt skydd av investeringar.

SÖ 1995:12, Överenskommelse jämte protokoll med Bulgarien om ömsesidigt främjande och skydd av investeringar.

SÖ 1997:57, Energistadgefördraget och Energistadgeprotokoll om energieffektivitet och därtill hörande miljöaspekter jämte slutakt från den europeiska energistadgekonferensen.

SÖ 1999:37, Avtal med Malta om främjande och ömsesidigt skydd av investeringar.

SÖ 2001:74, Avtal jämte protokoll med Slovenien om främjande och ömsesidigt skydd av investeringar.

SÖ 2002:23, Avtal med Kroatien om främjande och ömsesidigt skydd av investeringar.

SÖ 2003:2, Avtal med Rumänien om främjande och ömsesidigt skydd av investeringar.

Andra akter med viss unionsrättslig relevans

Commission Decision (EU) 2015/1470 of 30 March 2015 on state aid SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) implemented by Romania—Arbitral award Micula v Romania of 11 December 2013 (notified under document C(2015) 2112) [2015] OJ L 232, 43.

Meddelande från kommissionen till europaparlamentet och rådet – skydd för EU-interna investeringar, COM(2018)547/F1.

Declaration of the representatives of the governments member states, 15 January, on the enforcement of the judgement of the court of justice in *Achmea* and on investment protection in the European Union, 2019,
https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf (senast hämtad 2019-04-16).

Declaration of the representatives of the governments member states, 16 January, on the enforcement of the judgement of the court of justice in *Achmea* and on investment protection in the European Union, 2019,
<https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7320128/achmea-declaration.pdf> (senast hämtad 2019-04-16).

Litteratur

Alexy, Robert, *Coherence and Argumentation*, i Aarnio, Aulis, Alexy, Robert, Peczenik, Aleksander, Rabinowicz, Wlodek & Wolenski, Jan (red.), *On Coherence Theory of Law*, Juristförlaget i Lund: Lund, 1998, s. 41-49, [cit. Alexy, 1998].

Alvarez, Gloria M., *Redefining the Relationship Between the Energy Charter Treaty and the Treaty of Functioning of the European Union: From a Normative Conflict to Policy Tension*, ICSID Review 2018, s. 560-581, [cit. Alvarez, 2018].

Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, 2 uppl., Cambridge University Press: Cambridge, 2007, [cit. Aust, 2007].

Bermann, George A., *ECT and European Union Law*, i Scherer, Maxi (red.), *International arbitration in the energy sector*, Oxford University Press: Oxford, 2018, s. 203-221, [cit. Bermann, 2018].

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 6 uppl. Norstedts Juridik: Stockholm, 2018, [cit. Bernitz & Kjellgren, 2018].

Binder, Christina, *A treaty law perspective on intra-EU BITs*, Journal of world investment & trade 2016, s. 964-983, [cit. Binder, 2016].

Bindreiter, Uta, *Why Grundnorm? – A treatise on the implications of Kelsen’s doctrine*, Diss., Lunds universitet, 2000, [cit. Bindreiter, 2000].

Bjorge, Eirik, *EU Law constraints on intra-EU investment arbitration*, The Law & Practice of International Courts and Tribunals 2017, s. 71-86, [cit. Bjorge, 2017].

Blome, Kerstin, Fischer-Lescano, Andreas, Franzki, Hannah, Markard, Nora & Oeter, Stefan, *Contested Collisions – an introduction*, i Blome, Kerstin, Fischer-Lescano, Andreas, Franzki, Hannah, Markard, Nora & Oeter, Stefan (red.), *Contested regime collisions*, Cambridge University Press: Cambridge, 2016, s. 1-17, [cit. Blome, Fischer-Lescano, Franzki, Markard & Oeter, 2016].

Borgen, Christopher J., *Resolving treaty conflicts*, The George Washington International Law Review 2005, s. 573-648.

Bring, Ove, Mahmoudi, Said & Wrangé, Pål, *Sverige och folkrätten*, 5 uppl., Norstedts Juridik: Stockholm, 2014, [cit. Bring, Mahmoudi, Wrangé, 2014].

Carducci, Guido, *A State’s Capacity and the EU’s Competence to Conclude a Treaty, Invalidate, Terminate – and “Preclude” in Achmea – a Treaty or BIT of Member States, a State’s Consent to be Bound by a Treaty or to Arbitration, under the Law of Treaties and EU Law, and the CJEU’s Decisions on EUSFTA and Achmea. Their Roles and Interactions in Treaty and Investment Arbitration*, ICSID Review 2018, s. 582-619, [cit. Carducci, 2018].

Cole, Tony, Bantekas, Ilias, Ferretti, Federico, Riefa, Christine, Warwas, Barbara & Ortolani, Pietro, *Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU*, European Parliament: Directorate General for Internal Policies, 2014, [cit. Cole, Bantekas, Ferretti, Riefa, Warwas & Ortolani, 2014].

Contartese, Christina & Andenas, Mats, *EU autonomy and investor-state dispute settlement under inter se agreements between EU Member States: Achmea*, Common Market Law Review 2019, s. 157-192, [cit. Contartese & Andenas, 2019].

Dahlquist, Joel, Lenk, Hannes & Rönnelid, Love, *The infringement proceedings over intra-EU investment treaties – an analysis of the case against Sweden*, SIEPS European Policy Analysis 2016:4, 2016, [cit. Dahlquist, Lenk & Rönnelid, 2016].

De Wet, Erika & Vidmar, Jure, *Introduction*, i De Wet, Erika & Vidmar, Jure (red.), *Hierarchy in International law: The place of human rights*, Oxford University Press: Oxford, 2012, s. 1-12 [cit. De Wet & Vidmar, 2012].

- De Burca, Grainne, *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, Harvard International Law Journal 2010, s. 1-49, [cit. De Burca, 2010].
- Decleve, Quentin, *Does Achmea Invalidate All Intra-EU BITs? Not necessarily!*, International Litigation Blog 2018, <http://international-litigation-blog.com/does-achmea-invalidates-all-intra-eu-bits-not-necessarily/> (senast hämtad 2019-04-16), [cit. Declève, 2018].
- Delaume, G.R., *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, The International Lawyer 1966, s. 64-80, [cit. Delaume, 1966].
- Derlén, Mattias, Lindholm, Johan och Naarttijärvi, Markus, *Konstitutionell rätt*, Norstedts Juridik: Stockholm, 2016, [cit. Derlén, Lindholm och Naarttijärvi, 2016].
- De Sadeleer, Nicolas, *The End of the Game: The Autonomy of the EU Legal Order Opposes Arbitral Tribunals under Bilateral Investment Treaties Concluded between Two Member States*, European Journal of Risk Regulation 2018, s. 355-371, [cit. De Sadeleer, 2018].
- Dimopoulos, Angelos, *The validity and applicability of international investment agreements between EU member states under EU and international law*, Common Market Law Review 2011, s. 63-93, [cit. Dimopoulos, 2011].
- Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph, *Principles of international investment law*, 2 uppl., Oxford University Press: Oxford, 2012, [cit. Dolzer & Schreuer, 2012].
- Dörr, Oliver & Schmalenbach, Kirsten, *Vienna Convention on the Law of Treaties – A commentary*, 2 uppl., Springer Verlag: Berlin, 2018, [cit. Dörr & Schmalenbach, 2018].
- Fischer-Lescano, Andreas & Teubner, Gunther, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, Michigan International Law Review 2004, s. 999-1046, [cit. Fischer-Lescano & Teubner, 2004].
- Girsberger, Daniel & Voser, Nathalie, *International Arbitration: Comparative and Swiss perspectives*, 3 uppl., Schulthess Verlag: Zürich, 2016, [cit. Girsberger & Voser, 2016].
- Gregow, Torkel, *Utsökningsrätt*, 4 uppl., Norstedts Juridik: Stockholm, 2012, [cit. Gregow, 2012].
- Hallberg, Jonas & Östlund, Allison, *Början på slutet för skiljeförfaranden i internationella investeringskyddsavtal? EU-domstolens avgörande i Achmea*, Juridisk tidskrift 2017/2018, s. 841-855, [cit. Hallberg & Östlund, 2017/2018].
- Hallberg, Jonas & Östlund, Allison, *Kan nya EU-domar läggas till grund för förnyad prövning av slutgiltiga internationella skiljedomar?*, Juridisk tidskrift 2018/2019, s. 675-706, [cit. Hallberg & Östlund, 2018/2019].

Hart, H.L.A., *The concept of law, 3 uppl.*, Oxford University Press: Oxford, 2012, [cit. Hart, 1961].

Hess, Burkhard, *The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice*, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper 2018(3), 2018, [cit. Hess, 2018].

Heuman, Lars, *Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure*, Juris Publishing: Huntington, 2003, [cit. Heuman, 2003].

Heuman, Lars, *Översyn av lagen om skiljeförfarande*, Juridisk tidskrift 2014/2015, s. 439-466, [cit. Heuman, 2014/2015].

Hillebrand Pohl, Jens, *Intra-EU Investment Arbitration after the Achmea Case: Legal Autonomy Bounded by Mutual Trust?*, European Constitutional Law Review 2018, s. 767-791, [cit. Hillebrand Pohl, 2018].

Hindelang, Steffen, *Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties? The Case of Intra-EU Investment Arbitration*, Legal Issues of Economic Integration 2012, s. 179-206, [cit. Hindelang, 2012].

Hobér, Kaj, *International commercial arbitration in Sweden*, Oxford University Press: Oxford, 2011, [cit. Hobér, 2011].

Hobér, Kaj, *Overview of energy charter treaty cases*, i Scherer, Maxi (red.), *International arbitration in the energy sector*, Oxford University Press: Oxford, 2018, s. 175-202, [cit. Hobér, 2018].

Hume, David, *A treatise of human nature, 1739/1740*, i Fate Norton, David & Norton, Mary J. (red.), *A treatise of human nature vol. 1 – texts*, Clarendon Press: Oxford, 2007, [cit. Hume, 1739/1740].

International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission (finalized by Martti Koskenniemi), UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 April 2006, [cit. Koskenniemi, 2006].

Kelsen, Hans, *A 'Realistic' Theory of Law and the Pure Theory of Law: Remarks on Alf Ross's On Law and Justice*, i Duarte d'Almeida, Luis, Gardner, John & Green, Leslie (red.), *Kelsen revisited – New essays on the pure theory of law*, Hart Publishing: Oxford & Portland, 2013, s. 195-221. Ursprungligen 'Eine "Realistische" und die Reine Rechtslehre. Bemerkungen zu Alf Ross: On Law and Justice' i Österreichische Zeitschrift für Öffentlich Recht 1959/1960, s. 1–25, (övers. Duarte d'Almeida, Luis), [cit. Kelsen, 1959].

Kelsen, Hans, *Den rena rättsläran*, 2 uppl., 1960, (Bindreiter, Uta, Övers., 2008, Thales: Stockholm), sidnumrering följer den svenska översättningen, [cit. Kelsen, 1960].

Klabbers, Jan, *Treaty Conflict and the European Union*, Cambridge University Press: Cambridge, 2009, [cit. Klabbers, 2009].

Kleinheisterkamp, Jan, *Investment Protection and EU law: The intra- and extra-EU dimension of the Energy Charter Treaty*, *Journal of International Economic Law* 2012, s. 85-109, [cit. Kleinheisterkamp, 2012].

Koskenniemi, Martti, *Hierarchy in International law: A sketch*, *European Journal of International Law* 1997, s. 566-582, [cit. Koskenniemi, 1997].

Kröll, Stefan, *Enforcement of awards*, i Bungenberg, Marc, Griebel, Jörn, Hobe, Stephan & Reinisch, August (red.), *International Investment Law*, Bloomsbury T&T Clark: London, 2015, s. 1482-1504, [cit. Kröll, 2015].

Lenaerts, Koen & Gutiérrez-Fons, José A., *The constitutional allocation of powers and general principles of EU law*, *Common market law review* 2010, s. 1629-1669, [cit. Lenaerts & Gutiérrez-Fons, 2010].

Lindroos, Anja, *Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of Lex Specialis*, *Nordic Journal of International Law* 2005, s. 27-66, [cit. Lindroos, 2005].

Lindskog, Stefan, *Skiljeförfarande - en kommentar*, 2 uppl. Norstedts Juridik: Stockholm, 2012, [cit. Lindskog, 2012],

MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press: Oxford, 1978, [cit. MacCormick, 1978].

Madsen, Finn, *Skiljeförfarande i Sverige*, 2 uppl., Jure Förlag: Stockholm, 2009, [cit. Madsen, 2009].

Matz, Henrik, *Begreppet domstol i EU-rätten*, diss. Uppsala Universitet, 2010, [cit. Matz, 2010].

Moskvan, Dominik, *The clash of intra-EU bilateral investment treaties with EU Law: A bitter pill to swallow*, *Columbia Journal of European Law* 2015, s. 101-138, [cit. Moskvan, 2015].

Nagy, Csongor István, *Intra-EU Bilateral Investment Treaties and EU Law after Achmea: "You know well what leads you forward and what holds you back"*, *German Law Journal* 2018, s. 981-1015, [cit. Nagy, 2018].

- Niemelä, Pekka, *The Relationship of EU Law and Bilateral Investment Treaties of EU Member States: Treaty Conflict, Harmonious Coexistence and the Critique of Investment Arbitration*, Diss., Helsingfors Universitet, 2017, [cit. Niemelä, 2017].
- Norton, Patrick M., *The role of precedent in the Development of International Investment Law*, ICSID review 2018, s. 280-301, [cit. Norton, 2018].
- Nowrot, Karsten, *Termination and renegotiation of international investment agreements*, i Hindelang, Steffen & Krajewski, Markus (red.), *Shifting paradigms in international investment law: more balanced, less isolated, increasingly diversified*, Oxford University Press: Oxford, 2016, s. 227-265 [cit. Nowrot, 2016].
- Orakhelashvili, Alexander, *Article 30 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties: Application of the Successive Treaties Relating to the Same Subject-Matter*, ICSID Review 2016, s. 344-365, [cit. Orakhelashvili, 2016].
- Paschalidis, Paschalis, *Arbitral tribunals and preliminary references to the EU Court of Justice*, Arbitration International 2017, s. 663-685, [cit. Paschalidis, 2017].
- Paschalidis, Paschalis, *International Investment Law and EU Law: Are there systemic conflicts and incompatibilities – report*, i Ruiz-Fabri, Hélène & Gaillard, Emmanuel (red.), *EU Law and International investment arbitration*, JurisNet: New York, 2018, s. 7-170, [cit. Paschalidis, 2018].
- Paulson, Stanley L., *The Neo-Kantian dimension of Kelsen's pure theory of law*, Oxford Journal of Legal Studies 1992, s. 311-332, [cit. Paulson, 1992].
- Paulson, Stanley L., *On Transcendental Arguments, Their Recasting in Terms of Belief, and the Ensuing Transformation of Kelsen's Pure Theory of Law*, Notre Dame law review 2000, s. 1775-1795, [cit. Paulson, 2000].
- Paulson, Stanley L., *The great puzzle: Kelsen's basic norm*, i Duarte d'Almeida, Luis, Gardner, John & Green, Leslie (red.), *Kelsen revisited – New essays on the pure theory of law*, Hart Publishing: Oxford & Portland, 2013, s. 43-61, [cit. Paulson, 2013].
- Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?*, Norstedts Juridik: Stockholm, 1995, [cit. Peczenik, 1995].
- Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, Svensk Juristtidning 2005, s. 249-272, [cit. Peczenik, 2005].
- Pinna, Andrea, *The Incompatibility of Intra-EU BITs with European Union law, annotation following ECJ, 6 March 2018, Case 284/16, Slovak Republic v Achmea BV*, Paris Journal of International Arbitration, Cahiers de l'arbitrage, 2018, s. 73-95, <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=206100072072113027082093092091>

1090731160450930770650451021151031000251261100030121180000170060060330
5111109606602901810809201710504006803609201708409506803000202805004706
3106112116094070071124094116117108113073126099019085106095115101010070
000066113&EXT=pdf (senast hämtad 2019-04-16), [cit. Pinna, 2018].

Raz, Joseph, *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, American Journal of Jurisprudence 1974, s. 94-111, [cit. Raz, 1974].

Raz, Joseph, *Purity of the pure theory*, Revue Internationale de Philosophie 1981, s. 441-459, [cit. Raz, 1981].

Raz, Joseph, The relevance of coherence, Boston University law review 1992, s. 273-321, [cit. Raz, 1992].

Reinisch, August, *Articles 30 and 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in Action: The Decisions on Jurisdiction in the Eastern Sugar and Eureko Investment Arbitrations*, Legal issues of economic integration 2012, s. 157-177, [cit. Reinisch, 2012].

Ross, Alf, *Om ret og retfærdighed*, 4 uppl. Nyt Nordisk Forlag: Köpenhamn, 1966, [cit. Ross, 1966].

Ruiz-Fabri, Hélène & Gaillard, Emmanuel, *Recourse to international arbitration as a means of settlement of disputes to which EU Law may be applicable - Report of Workshop II*, i Ruiz-Fabri, Hélène & Gaillard, Emmanuel (red.), *EU Law and International investment arbitration*, JurisNet: New York, 2018, s. 203-222, [cit. Ruiz-Fabri & Gaillard, 2018].

Sadowski, Wojciech, *Protection of the rule of law in the European Union through investment treaty arbitration: Is judicial monopolism the right response to illiberal tendencies in Europe?*, Common Market Law Review 2018, s. 1025-1066, [cit. Sadowski, 2018].

Sandgren, Claes, *Om teoribildning och rättsvetenskap*, *Juridisk tidskrift* 2004/05, s. 297-333, [cit. Sandgren, 2004/2005].

Sandgren, Claes, *Är rättsdogmatiken dogmatisk?*, *Tidskrift for Rettsvitenskap* 2005, s. 648-656, [cit. Sandgren, 2005].

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, 4 uppl., Norstedts Juridik: Stockholm, 2018, [cit. Sandgren, 2018].

Schreuer, Christoph H. med Malintoppi, Loretta, Reinisch, August & Sinclair, Anthony, *The ICSID Convention: A commentary*, 2 uppl. Cambridge University Press: Cambridge, 2009, [cit. Schreuer, 2009].

Schulz, Andrea, *The relationship between the judgements project and other international instruments*, Preliminary Document No 24 of December 2003 drawn up for the

attention of the Special Commission of December 2003 on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters for the Hague Conference on Private International Law, 2003, [cit. Schulz, 2003].

Schütze, Robert, *European Constitutional Law*, 2 uppl., Cambridge University Press: Cambridge, 2016, [cit. Schütze, 2016].

Thirlway, Hugh, *The sources of international law*, i Evans, Malcolm D. (red.), *International Law*, 4 uppl., Oxford University Press: Oxford, 2014, [cit. Thirlway, 2014].

Tietje, Christian & Wackernagel, Clemens, *Enforcement of Intra-EU ICSID Awards: Multilevel Governance, Investment Tribunals and the Lost Opportunity of the Micula Arbitration*, *Journal of World Investment & Trade* 2015, s. 205-247, [cit. Tietje & Wackernagel, 2015].

Warnling Konradsson, Wiweka, Bernitz, Hedvig, Sandström, Lena & Åhman, Karin, *Statsrättens grunder*, 6 uppl. Norstedts Juridik: Stockholm, 2018, [cit. Warnling Konradsson, Bernitz, Sandström & Åhman, 2018].

Weeramantry, J. Romesh, *Treaty interpretation in investment arbitration*, Oxford University Press: Oxford, 2012.

Wehland, Hanno, *The Enforcement of Intra-EU BIT Awards: Micula v Romania and Beyond*, *Journal of World Investment and trade* 2016, s. 942-963, [cit. Wehland, 2016].

Wierzbowski, Marek & Gubrynowicz, Aleksander, *Conflict of Norms Stemming from intra-EU BITS and EU legal obligations: Some remarks on possible solutions*, i Binder, Christina, Kriebaum, Ursula, Reinisch, August & Schreuer, Christoph (red.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in honour of Cristoph Schreuer*, Oxford University Press: Oxford, s. 544-560, 2009, [cit. Wierzbowski & Gubrynowicz, 2009].

Verburg, Cees & Lavranos, Nikos, *Recent Awards in Spanish Renewable Energy Cases and the Potential Consequences of the Achmea Judgment for Intra-EU ect Arbitrations*, *EU Investment Law and Arbitration Review* 2018, s. 197-222, [cit. Verburg & Lavranos, 2018].

Vidmar, Jure, *Norm conflicts and hierarchy in International Law: Towards a vertical international legal system?*, i De Wet, Erika & Vidmar, Jure (red.), *Hierarchy in International law: The place of human rights*, Oxford University Press: Oxford, 2012, s. 13-41, [cit. Vidmar, 2012].

Vierdag, E.W., *The time of the conclusion of a multilateral treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the law of treaties and related provisions*, *The British Yearbook of International Law* 1988, 1989, s. 75-111, [cit. Vierdag, 1989].

Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhof Publishers: Leiden & Boston, 2009, [cit. Villiger, 2009].

von Goldbeck, Andreas, *The enforcement of EU law in arbitration*, *Europarättslig tidskrift* 2018, s. 435-451, [cit. von Goldbeck, 2018].

von Papp, Konstanze, *Clash of "autonomous legal orders": can EU member state courts bridge the jurisdictional divide between investment tribunals and the ECJ? A plea for direct referral from investment tribunals to the ECJ*, *Common Market Law Review* 2013, s. 1039-1082, [cit. von Papp, 2013].

Zettermarck, Claes, *Determining the applicable law to an arbitration agreement*, i Heuman, Lars & Jarvin, Sigvard (red.), *Swedish Arbitration Act of 1999, Five Years On: A Critical Review of Strengths and Weaknesses*, Juris Publishing: Huntington, s. 105-115, 2006, [cit. Zettermarck, 2006].

Zhang, YiKang, *Mutual termination of sunset clauses in intra-EU BIT:s: The search for investor protections*, *American review of international arbitration* 2018, s. 173-191, [cit. Zhang, 2018].

Ziegler, Katja S., *The Relationship between EU law and International Law*, University of Leicester School of Law Research Paper No. 13-17, 2013, [cit. Ziegler, 2013].

Österdahl, Inger, *Defer and rule: The relationship between the EU, the European Convention on Human Rights and the UN*, Uppsala Faculty of Law Working paper 2012:5, 2012, [cit. Österdahl, 2012].

Elektroniska källor

United Nations Conference on Trade and Development. Investment Policy Hub. International Investment Agreements – Sweden: BIT:s. 2019.
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/202/sweden?type=bits>. (Senast hämtad 2019-04-16).

Energy Charter Treaty Secreteriat. *The Energy Charter Treaty (ECT) Remains the Most Frequently Invoked IIA*. 2019-01-11.
<https://energycharter.org/media/news/article/the-energy-charter-treaty-ect-remains-the-most-frequently-invoked-ia/> (senast hämtad 2019-04-16).

Energy Charter Treaty Secreteriat. Signatories/Contracting Parties. 2019.
<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/signatories-contracting-parties/> (senast hämtad: 2019-04-16).

International Center for Settlement of Investment Disputes. LIST OF CONTRACTING STATES AND OTHER SIGNATORIES OF THE CONVENTION (as of February 21, 2019). 2019.

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf> (senast hämtad 2019-04-16).